

WILLENSERKLÄRUNG UND TATSÄCHLICHER VERTRAGSVOLLZUG BEI
DER ENTSTEHUNG DER PARTNERSHIP NACH AMERIKANISCHEM RECHT

Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster,
vorgelegt durch

Norbert Peters

1985

**WILLENSERKLÄRUNG UND TATSÄCHLICHER VERTRAGSVOLLZUG BEI DER
ENTSTEHUNG DER PARTNERSHIP NACH AMERIKANISCHEM RECHT**

Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster,
vorgelegt von

Norbert Peters

aus Dorsten

1985

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Battes

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Großfeld

Dekan: Prof. Dr. Schmidt

Tag der mündlichen Prüfung: 11. Juni 1985

Inhalt

<u>Einleitung</u>	1
-------------------	---

<u>Teil I: Grundlagen der Untersuchung – geschichtliche, rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung der Partnership</u>	4
---	---

A. Identifizierung der Partnership als Grundform der amerikanischen Personengesellschaften	4
I. Die Körperschaften des amerikanischen Rechts als Produkte staatlicher Konzessionierung	4
II. Das Joint Venture in seiner Entwicklung zur eigenständigen Gesellschaftsform	5
III. Inkongruenz zwischen amerikanischem und deutschem Recht im Bereich der Non-Profit Associations	7
B. Entwicklung und Bedeutung der Partnership	9
I. Historische Grundlagen der Partnership	10
II. Aktuelle rechtliche Rahmenbedingungen	12
III. Die wirtschaftliche Bedeutung der Partnership	15
IV. Der Regelungsbereich der Partnership im Vergleich mit den deutschen Gesellschaftsformen	18

<u>Teil II: Der Gesellschaftsvertrag als Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses</u>	20
---	----

A. Die Unentbehrlichkeit eines Gesellschaftsvertrages	20
I. Das Vertragserfordernis im amerikanischen Recht	20
1. Die Gesetzgebung	21
2. Die Literatur	21
3. Die Rechtsprechung	22
II. Der Streit um die "Faktische Gesellschaft" im deutschen Recht	25
1. Die Lehre von der "Faktischen Gesellschaft"	26

2. Die herrschende Lehre von der "fehlerhaften" Gesellschaft	27
B. Wirksamkeitserfordernisse des Partnership-Vertrages	28
I. Exkurs: Die Begriffe "contract" und "agreement"	29
II. Die Geschäftsfähigkeit	29
III. Die Rechtmäßigkeit des Gesellschaftszwecks	31
IV. Die "consideration"	33
 <u>Teil III: Objektive Kriterien für die Feststellung eines Gesellschafts- verhältnisses</u>	 36
A. Der Zusammenhang zwischen den Tests und den Definitionselementen der Partnership	37
I. Vorstellung verschiedener Definitionen	37
II. Die steuerrechtliche Definition der Partnership	41
III. Ansätze zur Definition der Gesellschaft im deutschen Recht	43
B. Die Profitorientierung der Partnership	45
I. Wirtschaftliche Bedeutung des Kriteriums	45
II. Die Grenzlinie zwischen Partnership und Non-Profit Association	47
III. Die Gewinnorientierung als Kriterium im deutschen Recht	48
C. Die Gewinnbeteiligung der Partner als wichtigster Test	49
I. Die wirtschaftliche Bedeutung des "profit sharing"	49
II. Zum Begriff des "profit sharing"	51
III. Die Bedeutung dieses Kriteriums im geschichtlichen Wandel	52
IV. Das System der "presumptions" und "non-presumptions" aus UPA § 7 Abs. 4	53
1. Das Verhältnis der "non-presumptions" zu der Vermutung des Profit Sharing	54
2. Das Darlehen mit Gewinnbeteiligung	55
a. Gewinnbeteiligung zum Zwecke der Tilgung	56
b. Gewinnbeteiligung als Zinszahlung	60
3. Dienstverhältnis mit Gewinnbeteiligung	62
4. Zusammenfassung zum Profit Sharing	67

V. Die Gewinn- und Verlustbeteiligung im deutschen Recht	69
D. Die Bedeutung von Kontrollrechten und Mitverwaltungs- befugnissen	73
I. Anforderungen an das Maß der Kontrolle	74
II. Die Bedeutung von Kontrollbefugnissen im deutschen Recht	79
<u>Teil IV: Die Bedeutung des Willensmomentes für die Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses</u>	82
A. Doppelfunktion der "intention"	82
B. Die Gewichtung des Vertragswillens in der Rechtsanwendung	83
C. Anforderungen an den Rechtsgeschäftswillen im deutschen Recht	88
<u>Teil V: Die Bedeutung von Willenserklärung und Vertragsvollzug für die Feststellung einer Personengesellschaft unter Berück- sichtigung der materiellen Kriterien</u>	92
A. Die Bewertung des Gesellschaftsvertrages im amerikanischen Recht	93
I. Argumentationsweise und Begriffswahl als Hinweise für die Vernachlässigung des Vertragsselementes	93
II. Rückschlüsse aus dem Entstehungszeitpunkt der Partnership	95
III. Die Trennung zwischen Innen- und Außenverhältnis als Grundlage der amerikanischen Betrachtungsweise	97
B. Die Struktur der Personengesellschaft im deutschen Recht - Schuld- verhältnis oder personenrechtlicher Verband?	102
I. Die Behandlung der Gesellschaft durch die Rechtsprechung	102
II. Die Bandbreite der Auffassungen in der Literatur	104
1. Die Betonung des schuldvertraglichen Charakters	104
2. Die Lehre von der faktischen Gesellschaft	105
3. Die Lehre von den personenrechtlichen Vertragsverhältnissen	105
4. Der Standpunkt der herrschenden Literaturmeinung	107

5. Der verbandsrechtliche Charakter des Gesellschaftsvertrages in der Sicht Flumes	108
III. Die Rechtsnatur der Personengesellschaft im Zielkonflikt zwischen Gesetzestreue und Rechtswirklichkeit	109
C. Vergleichende Würdigung der Ergebnisse zum amerikanischen und deutschen Recht	109
<u>Teil VI: Das steuerrechtliche Konzept der Partnership</u>	111
<u>Teil VII: Die Bedeutung von Vertragsschluß und Vertragsvollzug unter Berücksichtigung des amerikanischen Prozeßrechts</u>	115
A. Abgrenzung zwischen Rechtsfrage und Tatsachenbehauptung als Grundlage der Beweisbedürftigkeit	115
B. Die Besetzung des Spruchkörpers - Klagen "at law" und "in equity"	117
C. Die Entscheidungsfindung durch die Jury	118
D. Beweisverfahren und Beweiswürdigung	119
I. Die "parol evidence rule"	120
II. Die "hearsay rule"	122
E. Zusammenfassende Bewertung zum Zivilprozeß	123
<u>Schlußbetrachtung: Möglichkeiten einer Annäherung zwischen amerika- nischer und deutscher Methode für die Prüfung eines Gesellschaftsverhältnisses</u>	125
<u>Anhang: Text des Uniform Partnership Act</u>	132

Literatur

American Jurisprudence

(Managing Editor: Jayson Kraut), Stichwort "Partnership"
in: Band 59, S. 923 ff. (Verfasser: Irwin J. Schiffres), 2d
ed. Rochester und San Francisco 1971

Ballantine, Henry Winthrop

Ballantine on Corporations, Chicago 1946

Ballerstedt, Kurt

Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der
Personengesellschaften, JuS 1963, S. 253 - 263

Barrett, J.M. / Seago, Erwin

Partners and Partnerships. Law and Taxation, Vol. 1, Char-
lottesville/Virginia 1956 mit 1965 Cumulative Supplement,
Charlottesville/Virginia 1966

Battes, Robert

Die Überbewertung von Sacheinlagen im in- und ausländi-
schen GmbH-Recht und bei der englischen Private Company,
Köln 1967

Becker, Walter G.

Gegenopfer und Opferverwehrung. Strukturen des Schuld-
rechts auf der Grundlage des anglo-amerikanischen "check-
and-balance"-Systems, Berlin und Frankfurt 1958

Black, Henry Campbell

Black's Law Dictionary, rev. 4th ed. St. Paul/Minn. 1968

Blumenwitz, Dieter

Einführung in das Anglo-Amerikanische Recht, 2. Aufl. Mün-
chen 1976

Bruch, Carol S.

Property Rights of De Facto Spouses Including Thoughts
on the Value of Homemakers' Services, Family Law Quar-
terly, Vol X (1976), S. 101 - 136

Clark, George L.

Summary of American Law, Rochester/New York 1947

Coing, Helmut

Aufgaben der Rechtsvergleichung in unserer Zeit, NJW 1981,
S. 2601 - 2604

Corbin, Arthur Linton

Corbin on Contracts. A Comprehensive Treatise on the Work-
ing Rules of Contract Law, Vol. 1, Sec. 1 - 151, St. Paul/
Minn. 1963

Corpus Juris Secundum

(Editor-in-Chief: Francis J. Ludes),
Vol. 17 und 17A (Contracts), Brooklyn/New York 1963
Vol. 68 (Partnership), Brooklyn/New York 1950

Crane, Judson A.

Handbook on the Law of Partnership and Other Unincorpo-
rated Associations, 2d ed. St. Paul/Minn. 1952

Crane, Judson A. / Bromberg, Alan R.

Crane and Bromberg on Partnership, St. Paul/Minn. 1968

Douglas, William O.

Vicarious Liability and Administration of Risk, Yale Law
Journal, Vol. 38 (1929), S. 584 ff. und S. 720 ff.

Erman, Walter

Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage,
Münster 1947

Fischer, Robert

Die faktische Gesellschaft, NJW 1955, S. 849 - 852 (zitiert:
Fischer, Faktische Gesellschaft)

Fischer, Robert

Neue Wege im Recht der Personengesellschaften? Eine Be-
sprechung des Buches "Die Personengesellschaft" von Werner
Flume, ZGR 1979, S. 251 - 272 (zitiert: Fischer, Neue Wege)

Flume, Werner

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 1. Teil
(Die Personengesellschaft), Berlin, Heidelberg, New York
1977

Gierke, Otto von

Deutsches Privatrecht
Erster Band: Allgemeiner Teil und Personenrecht, München
und Leipzig 1936

Dritter Band: Schuldrecht, München und Leipzig 1917

Gierke-Sandrock

Handels- und Wirtschaftsrecht, als Handels- und Schifffahrtsrecht begründet von Julius von Gierke, 9. Aufl. von Otto Sandrock, Bd. 1: Allgemeine Grundlagen. Der Kaufmann und sein Unternehmen, Berlin/New York 1975

Handelsgesetzbuch

Großkommentar, begründet von Hermann Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2. Bd., 1. Halbband, §§ 105 - 144, 3. Aufl. Berlin/New York 1973

Haupt, Günter

Über faktische Vertragsverhältnisse, Leipzig 1941 (zitiert: Haupt, Faktische Vertragsverhältnisse)

Haupt, Günter

Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. Tübingen 1944 (zitiert: Haupt, Gesellschaftsrecht)

Hay, Peter

Einführung in das amerikanische Recht, Darmstadt 1975

Heenen, Jacques

Partnership and Other Personal Associations for Profit, in: International Encyclopedia of Comparative Law (Responsible Editor: Konrad Zweigert), Vol. XIII: Business and Private Organizations, Chapter 1, Tübingen/Mcuton/The Hague/Paris (ohne Jahr)

Henn, Harry G.

Handbook of the Law of Corporations and Other Business Enterprises, 2d ed. St. Paul/Minn. 1970

Hoeniger, Heinrich

Zur Struktur des Gesellschaftsbegriffs. Nachwort zu Schafheutle, Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen, S. 95 - 98, Mannheim/Berlin/Leipzig 1931

Hueck, Alfred

Gesellschaftsrecht, 17. Aufl., bearbeitet von Götz Hueck, München 1975 (zitiert: Hueck, Gesellschaftsrecht)

Hueck, Alfred

Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl. Berlin/New York 1971 (zitiert: Hueck, oHG)

James, Fleming Jr.

Sufficiency of the Evidence and Jury-Control Devices Available Before Verdict, Virginia Law Review, Vol 47 (1961), S. 218 - 248

Jennings, Richard W. / Buxbaum, Richard M.

Corporations. Cases and Materials, 5th ed. St. Paul/Minn.

Kaser, Max

Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, in: Rechtsgeschichte des Altertums im Rahmen des Handbuchs der Altertumswissenschaft, Dritter Teil, Dritter Band, Erster Abschnitt

Kent, James

Commentaries on American Law, Vol. III, 12th ed. Boston 1873

Kerr, Thomas S.

Business Law. Principles and Cases, 2d ed. New York und London 1939

Kimbrough, Robert T.

Summary of American Law, Rochester/New York und San Francisco/California 1974

Koenigs, Folkmar

Die stille Gesellschaft, Berlin 1961

Kötz, Hein

Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, RabelsZ 1973, S. 245 - 263

Kühnle, Horst

Stille Gesellschaft und partiarisches Darlehen, Diss. Köln 1967

Larenz, Karl

Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band (Besonderer Teil), 12. Aufl. München 1981

Lattin, Norman D.

The Law of Corporations, Brooklyn/New York 1959

Lattin, Norman D. / Jennings, Richard W. / Buxbaum, Richard M.

Corporations. Cases and Materials, 4th ed. Mundelein/Illinois 1968

- Lehmann, Heinrich / Dietz, Rolf
 Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. Berlin und Frankfurt 1970
- McCormick, Charles T.
 Handbook on the Law of Evidence, St. Paul/Minn. 1954
- Mechem, Floyd R.
 Elements of the Law of Partnership, 2d ed. Chicago/Illinois 1920
- Mehren, Arthur Taylor von
 The Judicial Process in the United States and Germany. A Comparative Analysis, in: Festschrift für Ernst Rabel, Bd. I: Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht, S. 67 - 98, Tübingen 1954
- Melcher, Christian
 Die joint venture Vereinbarung unter besonderer Berücksichtigung ihres Bestandes nach Inkorporation, Diss. Regensburg 1970
- Note
 The Peppercorn Theory of Consideration and the Doctrine of Fair Exchange in Contract Law, Columbia Law Review, Vol. 35 (1935), S. 1090
- Oleck, Howard L.
 Non-Profit Corporations, Organizations, and Associations, 2d ed. Englewood Cliffs/N.J. 1965
- Parker, Reginald
 Das Privatrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, Wien 1960
- Planck's
 Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Dr. E. Strohal, II. Band, 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil), §§ 241 - 432, 4. Aufl. Berlin 1914
- Reinhardt, Rudolf
 Gesellschaftsrecht. Ein Lehrbuch, Tübingen 1973
- Restatement of the Law of Contracts
 hrsg. vom American Law Institute, Vol. I und II, St. Paul/Minn. 1932

Reuschlein, Harold Gill / Gregory, William A.

Handbook on the Law of Agency and Partnership, St. Paul/
Minn. 1979

Rheinstein, Max

Die Rechtshonoratioren und ihr Einfluß auf Charakter und
Funktion der Rechtsordnungen, RabelsZ 1970, S. 1 - 13
(zitiert: Rheinstein, Rechtshonoratioren)

Rheinstein, Max

Einführung in die Rechtsvergleichung, München 1974 (zitiert:
Rheinstein, Rechtsvergleichung)

Rohrlich, Chester

Organizing Corporate and Other Business Enterprises, 3rd
ed. Albany/New York 1958

Rosenberg, Maurice / Weinstein, Jack B.

Elements of Civil Procedure. Cases and Materials, Brooklyn/
New York 1962

Rowley, Reed

Rowley on Partnership, Vol. 1, 2d ed. Indianapolis/New York
1960

Sattelmacher

Bericht, Gutachten und Urteil
25. Aufl. Berlin und Frankfurt 1968 (Bearbeiter: Paul Lüttig
und Gerhard Beyer)
29. Aufl. München 1983 (Bearbeiter: Wilhelm Sirp)

Schafheutle, Josef

Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen,
Mannheim/Berlin/Leipzig 1931

Schmidt, Karsten

Zur Stellung der oHG im System der Handelsgesellschaften.
Eine Untersuchung des gesellschaftsrechtlichen Grundsatzes
der unbeschränkten Haftung, Bonn 1972

Schulze-Osterloh, Joachim

Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften, Berlin/
New York 1973

Schurtman, William / Walter, Otto L.

Der amerikanische Zivilprozeß. Ein Überblick für die Praxis, Frankfurt/Main und Deventer 1978

Seeliger, Jochen

Voraussetzungen persönlicher Haftung gegenüber Dritten bei den reinen Personalgesellschaften des anglo-amerikanischen und des deutschen Rechts, Diss. Göttingen 1956

Siebert, Wolfgang

Die "faktische" Gesellschaft. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Systematik des Rechts der Handelsgesellschaften und der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in: Festschrift Justus Wilhelm Hedemann zum sechzigsten Geburtstag, Jena 1938, S. 266 - 289 (zitiert: Siebert, Faktische Gesellschaft)

Siebert, Wolfgang

Faktische Vertragsverhältnisse. Abwandlungen des Vertragsrechts in den Bereichen der Daseinsvorsorge, des Gesellschaftsrechts und des Arbeitsrechts, Karlsruhe 1958 (zitiert: Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse)

Simitis, Spiros

Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktionen der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt 1957

Sinner, Vincent R.M. von

Das Recht der Partnership in den Vereinigten Staaten von Amerika vom schweizerischen Rechte aus betrachtet, Basel 1955

Soergel-Siebert

Bürgerliches Gesetzbuch, begründet von Dr. Hs. Th. Soergel, neu herausgegeben von Dr. W. Siebert, Bd. 3, Schuldrecht II (§§ 611 - 853), 10. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1969

Staudinger, J. von

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Buch (Recht der Schuldverhältnisse), §§ 657 - 740, 12. Aufl. Berlin 1980

Steffen, Roscoe T.

Cases on Agency - Partnership, 3rd ed. St. Paul/Minn. 1969

- Story, Joseph
 Commentaries on the Law of Partnership, as a Branch of
 Commercial and Maritime Jurisprudence, With Occasional
 Illustrations from the Civil and Foreign Law, Boston und
 London 1841 (Neuauflage: Buffalo 1980)
- Sugarman, Robert Reuben
 Sugarman on Partnership, 4th ed. Brooklyn/New York 1966
- Teichmann, Arndt
 Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, München 1970
- Tipke, Klaus
 Steuerrecht. Ein systematischer Grundriß, 8. Aufl. Köln 1981
- Uniform Laws Annotated
 Vol. 7 (Partnership), Brooklyn/New York 1949
- US Department of Commerce (Bureau of the Census)
 Statistical Abstract of the United States, 100th ed. Washing-
 ton/D.C. 1979
- Veltins, Michael Alexander
 Das Recht der U.S. partnership und limited partnership ein-
 schließlich ihrer Besteuerung. Eine systematische Darstellung
 des Gesellschafts- und Steuerrechts der Personengesellschaf-
 ten in den Vereinigten Staaten von Amerika, Herne/Berlin
 1984
- Vocke, William
 Handbuch der Rechtspflege in den Vereinigten Staaten von
 Nordamerika. Gerichtsverfassung, Processverfahren und frei-
 willige Gerichtsbarkeit, Köln 1891
- Westermann, Harm Peter
 Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Per-
 sonengesellschaften, Heidelberg/New York 1970
- Westermann, Harry / Scherpf, Peter / Paulick, Heinz / Hackbeil, Werner
 Handbuch der Personengesellschaften, I. Teil: Gesellschafts-
 recht von Harry Westermann, 1.-2. Aufl. Köln-Marienburg
 1967/75 (zitiert: Westermann, Handbuch I)
- Westermann, Harry
 Personalgesellschaftsrecht. BGB-Gesellschaft - OHG - KG,
 4. Aufl. Köln 1979 (zitiert: Westermann, Personengesellschaft)

Wied, Jacques R. de

Die "faktische" Personalgesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, Diss. Köln 1957

Wiedemann, Herbert

Gesellschaftsrecht. Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Bd. I (Grundlagen), München 1980

Wigmore, John Henry

A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law. Including the Statutes and Judicial Decisions of All Jurisdictions of the United States and Canada, 3rd ed. Boston/Mass. 1940

Würdinger, Hans

Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Personengesellschaften, Hamburg 1937

Wyatt, John W. / Wyatt, Madie B.

Business Law. Principles and Cases, 4th ed. New York/ St. Louis/San Francisco/Düsseldorf/Johannesburg/Kuala Lumpur/London/Mexico/Montreal/New Delhi/Panama/Rio de Janeiro/Singapore/Sydney/Toronto 1971

Zweigert, Konrad

Seriositätsindizien, JZ 1964, S. 349 - 354

Zweigert, Konrad / Kötz, Hein

Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. I: Grundlagen, Tübingen 1971

EntscheidungsregisterAmerikanische und englische Entscheidungen

- Anderson v. Walker, 131 NW 2d 524 (1964)
 Armstrong v. Rickard, 192 NYS 502 (1922)
 Ashhurst v. Mason, 20 L.R. Eq. 230 (1875)
 Associated Hospital Service, Inc. v. City of Milwaukee, 109 NW 2d 271 (1961)
 Associated Piping and Engineering Co. v. Jones, 61 P 2d 536 (1936)
 Bengston v. Shain, 255 P 2d 892 (1953)
 Boyle v. Cleveland, 24 NE 2d 587 (1939)
 Boynton v. Wedgewood, 78 NW 2d 134 (1956)
 Brenner v. Plitt, 34 A 2d 853 (1943)
 California Employment Stabilization Commission v. Walters, 149 P 2d 17 (1944)
 Cargill Commission Co. v. Swartwood, 198 NW 536 (1924)
 Claude v. Claude, 228 P 2d 776 (1951)
 Commissioner of Internal Revenue v. Culbertson, 337 US 733 (1949)
 Commissioner of Internal Revenue v. Tower, 327 US 280 (1946)
 Constans v. Ross, 235 P 2d 113 (1951)
 Cox v. Hickman, L.R. 8 HLC 267 (1860)
 Cullingworth v. Pollard, 111 SE 2d 810 (1960)
 Currie v. Misa, L.R. 10 Ex. 153 (1875)
 Cutler v. Bowen, 543 P 2d 1349 (1975)
 Cyrus v. Cyrus, 64 NW 2d 538 (1954)
 Eastman v. Clark, 16 Am.Rep. 192 (1872)
 Eder v. Reddick, 278 P 2d 361 (1955)
 Everet v. Williams (Highwaymen's Case), ca. 1725
 Fenwick v. Unemployment Compensation Commission, 44 A 2d 172 (1945); 38 A 2d 849 (1944)
 Garner v. Garner, 358 A 2d 583 (1976)
 Grace v. Smith, 96 E.R. 587 (1775)
 Grissum v. Reesman, 505 SW 2d 81 (1974)
 In Re China Union Lines, Ltd., 342 F.Supp. 426 (1971)
 In Re Morrison's Estate, 22 A 2d 729 (1941)

Kaufman-Brown Potato Co. v. Long, 182 F 2d 594 (1950)
 Kirshan v. Friedman, 36 A 2d 647 (1944)
 Kuehl v. Means, 218 NW 907 (1928)
 Lang v. Hexter, 43 A 2d 690 (1945)
 Latrobe v. Dietrich, 78 A 983 (1910)
 Martin v. Peyton, 158 NE 77 (1927)
 McKee v. Capitol Dairies, 99 P 2d 1013 (1940)
 Meagher v. Reed, 24 P 681 (1890)
 Meehan v. Valentine, 145 US 611 (1892)
 Minute Maid Corp. v. United Foods, 291 F 2d 577 (1961)
 Nelson v. Abraham, 177 P 2d 931 (1947)
 Preston v. State Industrial Accident Commission, 149 P 2d 957 (1944)
 Purvis v. Butler, 49 NW 564 (1891)
 Ramos v. Pacheco, 148 P 2d 704 (1944)
 R.C. Gluck & Co. v. Tankel, 199 NYS 2d 12 (1960)
 Righter v. Farrell, 19 A 687 (1890)
 Ross v. Willett, 27 NYS 785 (1894)
 Rothrock v. Naylor, 28 SE 2d 572 (1944)
 Rowley v. Rowley, 144 A 537 (1928)
 Sheldon v. Little, 15 A 2d 574 (1940)
 Sheridan v. LeQuire, 15 So. 2d 118 (1943)
 Southern Can Co. v. Hartlove, 136 A 624 (1927)
 State ex rel. v. Holston Trust Co. et al., 79 SW 2d 1012 (1935)
 Thomas v. Banks, 195 NW 94 (1923)
 Thompson v. McCormick, 370 P 2d 442 (1962)
 United States v. Kintner, 216 F 2d 418 (1954)
 Walker, Mosby & Calvert, Inc. v. Burgess, 151 SE 165 (1930)
 Waugh v. Carver, 126 E.R. 525 (1793)
 Willcox v. Arnold, 39 NE 414 (1895)
 Zajac v. Harris, 410 SW 2d 593 (1967)
 Zuback v. Bakmaz, 29 A 2d 473 (1943)

Deutsche Entscheidungen

Bundesgerichtshof

- Urteil vom 24.10.51 - II ZR 18/51 -, BGHZ Band 3, S. 285 ff.
- Urteil vom 13.5.53, NJW 1953, S. 1548
- Urteil vom 28.11.53 - II ZR 188/52 -, BGHZ Band 11, S. 190 - 192
- Urteil vom 29.11.56 - II ZR 282/55 -, BGHZ Band 22, S. 240 - 246
- Urteil vom 6.2.58 - II ZR 210/56 -, BGHZ Band 26, S. 330 - 337

Reichsgericht

- Urteil vom 11.3.04 - Rep. VII. 498/03 -, RGZ Band 57, S. 175 - 179
- Urteil vom 7.12.11 - Rep. VI. 240/11 -, RGZ Band 78, S. 239 - 241
- Urteil vom 13.11.40 - II 44/40 -, RGZ Band 165, S. 193 ff.

Abkürzungen

A	Atlantic Reporter
AmJur	American Jurisprudence
AO	Abgabenordnung
C.I.R.	Commissioner of Internal Revenue
C.J.S.	Corpus Juris Secundum
Co.	Company
Eq.	Equity Cases
E.R.	English Reports
EStG	Einkommensteuergesetz
Ex.	Exchequer Division
F	Federal Reporter
F.Supp.	Federal Supplement
HLC	Cases of the House of Lords
Inc.	Incorporated
I.R.C.	Internal Revenue Code
KStG	Körperschaftsteuergesetz
L.R.	Law Reports
Ltd.	Limited (Liability Company)
NE	North Eastern Reporter
NW	North Western Reporter
NYS	New York Supplement
P	Pacific Reporter
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privat- recht, Tübingen
Rev.	Revised
SE	South Eastern Reporter
Sec.	Section
So.	Southern Reporter
SW	South Western Reporter
ULA	Uniform Laws Annotated
ULPA	Uniform Limited Partnership Act
UPA	Uniform Partnership Act

US	United States Supreme Court Reports
v.	versus
Vol.	Volume
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Berlin/New York

Einleitung

Seit den großen Kodifikationen Ende des vorigen Jahrhunderts ist die Diskussion um die Struktur der Personengesellschaften nicht zum Stillstand gekommen. Hervorzuheben sind an dieser Stelle die Arbeiten Otto von Gierkes und die Lehre von der "fehlerhaften Gesellschaft". Es stellt sich die Frage: Sind die Personengesellschaften, insbesondere die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und die offene Handelsgesellschaft, normale Schuldverhältnisse, auf die die Regeln des Allgemeinen Schuldrechts des BGB anwendbar sind, oder entscheidet der Charakter als Personenverband, so daß sich die Einordnung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in das Schuldrecht des BGB letztlich als Fehlgriff erweist?

Diese Diskussion stellt insbesondere die Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre im Zusammenhang mit der Gründung einer Personengesellschaft in Frage. Bedarf es hierzu übereinstimmender Willenserklärungen von Vertragsparteien und welche Anforderungen sind gegebenenfalls an den Vertragswillen zu stellen?

Die Ausgangsfrage hat schließlich auch einen methodischen Aspekt. Je nachdem, ob im Einzelfall die Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses im Wege der Auslegung von Willenserklärungen oder als Zuordnung des konkreten Erscheinungsbildes der Organisation zu einem Normtypus erfolgt, lassen sich Rückschlüsse auf die Bedeutung des Vertragselementes ziehen.

Diese Fragestellungen kennzeichnen den Problemkreis ausschließlich aus der Sicht des deutschen Rechts. Die vorliegende Arbeit dagegen befaßt sich damit, wie eine Kernfrage bei der Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses, nämlich die Bedeutung von Vertragsschluß und Vertragsvollzug, im amerikanischen Recht behandelt wird. Will man sich jedoch nicht nur auf eine mehr systematisierende Betrachtungsweise beschränken, sondern darüber hinaus zu einer kritischen Überprüfung der Funktion der Personengesellschaften im Hinblick auf den sozialen und wirtschaftlichen Regelungsbedarf gelangen, so ist - gerade in Zeiten höchster internationaler Wirtschaftsverflechtung¹⁾ - der Vergleich mit den Lösungen in anderen Rechtsordnungen unerlässlich.

1) Coing, a.a.O., S. 2602

Dies gilt vor allem für die führende Wirtschaftsnation, die Vereinigten Staaten von Amerika. Es wird daher untersucht, anhand welcher Kriterien und mit welcher Methode in den USA das Entstehen einer Personengesellschaft festgestellt und die Abgrenzung zu benachbarten Formen von Personengemeinschaften vorgenommen wird, um zu erkennen, ob die vertragliche oder organisationsrechtliche Struktur der Personengesellschaft im Vordergrund steht.

Dabei werden die Verhältnisse im deutschen Recht an zentralen Punkten gegenübergestellt, so daß abschließend ansatzweise Gemeinsamkeiten oder charakteristische Unterschiede bei der Behandlung dieses Problemkreises zwischen den beiden Rechtsordnungen herausgearbeitet werden können.

Bei der vorliegenden Arbeit handelt es sich daher nicht um eine rechtsvergleichende Studie im modernen Verständnis. Ziel der "funktionalen Rechtsvergleichung" im Sinne Rabels ist es, soziale Ordnungsprobleme der eigenen Rechtsordnung herauszuarbeiten und die entsprechenden Problemlösungen aus anderen Rechten heranzuziehen, um festzustellen, wie gut oder wie schlecht sie jeweils ihre Aufgabe erfüllen.¹⁾ Diese Arbeit konzentriert sich darauf, die tragenden Prinzipien des Rechtsproblems zusammenzustellen und zu klassifizieren, und stellt mit den Begriffen von Max Rheinstein eine auslandsrechtskundliche Studie mit synoptischem Charakter²⁾ dar. Sie bildet die notwendige Vorstufe zur Beantwortung der rechtsvergleichenden Frage, wie Personenverbände strukturiert sein müssen, um die solidarische Verbundenheit ihrer Mitglieder vor allem in der Haftung - dies ist das zentrale wirtschaftliche Interesse - zu begründen.³⁾

Angesichts dieser Interessenlage verwundert es nicht, daß es zu diesem Problemkreis umfangreiche Literatur und vor allem eine unübersehbare Flut von Rechtsprechung⁴⁾ gibt, die nicht annähernd vollständig erfaßt werden kann. Es sind deshalb nur diejenigen amerikanischen Urteile herausgegriffen worden, die man als Leitentscheidungen auch über die Grenze der einzelnen Bundesstaaten hinaus ansehen kann. Da eine Untersuchung des deutschen Rechts nicht Kern-

1) Rheinstein, Rechtsvergleichung, S. 15 und 26 f.; Coing, a.a.O., S. 2604 mit Hinweis auf Rabel

2) Rheinstein, Rechtsvergleichung, S. 22

3) Rowley, S. 40 f.

4) Vgl. von Mehren, a.a.O., S. 81 f.; Zweigert/Kötz, S. 315: "Phantastischer Reichtum an Fallmaterial"

thema dieser Arbeit ist, kann die Darstellung insoweit auf eine Zusammenfassung des gegenwärtigen Meinungsstandes beschränkt werden.

Teil I

Grundlagen der Untersuchung - geschichtliche, rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung der Partnership

A. Identifizierung der Partnership als Grundform der amerikanischen Personengesellschaften

Bei der Untersuchung von Kriterien und Methoden im Rahmen der Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses konzentriert sich die Arbeit auf die Partnership¹⁾ stellvertretend für die Gruppe der Personengesellschaften. Die Einengung des Untersuchungsgegenstandes erfordert einige Erläuterungen. Dies gilt insbesondere im Vergleich mit dem deutschen Recht, das den Begriff einer "Gesellschaft im weiteren Sinne"²⁾ kennt. Dieser Gesellschaftsbegriff umfaßt auch die Körperschaften und geht damit weit über den Geltungsbereich der Partnership als Personengesellschaft hinaus.

1. Die Körperschaften des amerikanischen Rechts als Produkte staatlicher Konzessionierung

Dem amerikanischen Recht ist ein Oberbegriff wie die "Gesellschaft im weiteren Sinne" fremd. Begünstigt durch die Arbeitsweise des Case Law³⁾ wird nicht versucht, gemeinsame Merkmale aller Gesellschaftsformen herauszuarbeiten, sondern isoliert die Struktur jeder einzelnen Gesellschaftsart zu erfassen.

Dementsprechend befaßt sich der Rechtspraktiker in den Vereinigten Staaten im allgemeinen nicht mit einer Definition der Körperschaften⁴⁾, als deren zah-

1) UPA § 6 Abs. 1: "A partnership is an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit."

2) "Alle vertraglich begründeten Vereinigungen von Personen, die sich zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks verpflichtet und die hierfür erforderliche Organisation gegeben haben"; Westermann, Handbuch I, Rdn. 1

3) "Reasoning from case to case"; Zweigert/Kötz, S. 318 f.

4) Rohrich, S. 157

lenmäßig und wirtschaftlich bedeutendste die Corporation zu nennen ist.¹⁾ Für die Entstehung einer Corporation geht es zunächst und vor allen Dingen darum, die Voraussetzungen zu erfüllen, die der jeweilige Bundesstaat an die Eintragung des Unternehmens knüpft.²⁾ Im Vergleich mit der Partnership wird darüber hinaus betont, daß die Corporation durch den Staat geschaffen werde, während die Partnership Resultat eines Vertrages zwischen Personen sei.³⁾

Für die Corporation ergibt sich daher erst gar nicht die Fragestellung, ob bei ihr der Gesellschaftsvertrag oder der tatsächliche Vollzug der Gesellschaft im Vordergrund steht.

Dies gilt ebenso für andere amerikanische Gesellschaftsformen, die im Bereich zwischen Corporation und Partnership angesiedelt sind, bei denen aber eine vertragliche Grundlage als Strukturelement vernachlässigt wird.

Zu nennen ist hier die Limited Partnership, die trotz ihres Namens wenig mit der General Partnership gemein hat. Ihrem Erscheinungsbild nach entspricht sie zwar der deutschen Kommanditgesellschaft⁴⁾, so daß äußerlich eine Nähe zu den Personengesellschaften besteht. Über die Gründung einer Limited Partnership bestimmt jedoch ULPA § 1: "A limited partnership is a partnership formed by two or more persons under the provisions of § 2 ...". In § 2 ist dann festgelegt, daß zur Gründung eine Urkunde mit einem bestimmten Inhalt (Firma, Art des Geschäfts, Geschäftssitz, Name und Anschrift der Gesellschafter etc.) vorzulegen ist. Dieser Gründungsurkunde wird zwar eine Vereinbarung zwischen den künftigen Gesellschaftern vorgelagert sein; konstitutiv ist jedoch ausschließlich die Erfüllung der im ULPA niedergelegten Voraussetzungen.⁵⁾

II. Das Joint Venture in seiner Entwicklung zur eigenständigen Gesellschaftsform

Eine frühe Definition des Joint Venture findet sich in der Entscheidung Ross

1) Henn, S. 92; Crane and Bromberg, S. 5 - 10 mit umfangreichem Zahlenmaterial

2) Vgl. Sugarman, S. 13

3) Kerr, S. 766; 59 AmJur 2d, § 12; Sugarman, S. 11

4) Parker, S. 160

5) So vor allem Ballantine, S. 11; vgl. auch Veltins, S. 96

v. Willett: "A joint adventure is a limited partnership not limited in a statutory sense as to liability, but as to its scope and duration; and under our law joint adventures and partnerships are governed by the same rule."¹⁾ Es entspricht damit der Gelegenheitsgesellschaft des deutschen Rechts²⁾ und gehört in den Kreis der Personengesellschaften.

Dennoch soll das Joint Venture in dieser Arbeit nicht gesondert behandelt werden, weil es entsprechend der Definition aus Ross v. Willett überwiegend als bloße Abwandlung der Partnership angesehen wird.³⁾

Allerdings hat die amerikanische Rechtsprechung für das Joint Venture in den Rechtsfolgen eine Reihe von bedeutenden Abweichungen vom Recht der Partnership entwickelt. So kann sich eine Corporation ohne weiteres an einem Joint Venture beteiligen⁴⁾, während dies bei einer Partnership "ultra vires"⁵⁾ sein kann.⁶⁾ Bei einer Partnership kann der Gesellschafter, der eine Gewinnbeteiligung einklagen möchte, dies nur tun, wenn zuvor (in equity) seine Klage auf Rechnungslegung und Auseinandersetzung erfolgreich war; der Joint Venturer dagegen hat auch die Möglichkeit, (at law) sofort einen bezifferten Schadensersatzantrag zu stellen.⁷⁾ Aus diesen und weiteren Unterschieden erklärt sich die in den Vereinigten Staaten zunehmende Tendenz, das Joint Venture als eigenständige Gesellschaftsform zu betrachten.⁸⁾

In weiten Teilen findet jedoch für das Joint Venture das Recht der Partnership analoge Anwendung.⁹⁾ Dies gilt vor allem für die Entstehungsvoraussetzungen, die - abgesehen von der quantitativen Beschränkung auf das einzelne Unternehmen - bei Joint Venture und Partnership nahezu identisch sind.¹⁰⁾

1) 27 NYS 785 (1894); weitere Definitionen bei Melcher, S. 5

2) Vgl. v. Sinner, S. 104

3) Jennings and Buxbaum, S. 31 ff.

4) Sugarman, S. 21

5) Standarddefinition aus State ex rel. v. Holston Trust Co. et al., 79 SW 2d 1012, 1016 (1935): "Ultra vires is the modern technical designation, in the law of corporations, of acts beyond the scope of their powers, as defined by their charters or acts of incorporation."

6) Jennings and Buxbaum, S. 31

7) Melcher, S. 60 ff.

8) v. Sinner, S. 104; vor allem Melcher, S. 64 ff.

9) So auch Melcher, S. 64

10) Brenner v. Plitt, 34 A 2d 853 (1943); McKee v. Capitol Dairies, 99 P 2d 1013 (1940); vgl. Melcher, S. 5 ff.

Für die Zwecke dieser Arbeit bietet das Joint Venture daher keine Besonderheiten, die eine eigenständige Betrachtung rechtfertigen würden.

III. Inkongruenz zwischen amerikanischem und deutschem Recht im Bereich der Non-Profit Associations

Unter einer Non-Profit Association versteht man im amerikanischen Recht eine freiwillige Vereinigung von Personen zur Förderung der Interessen ihrer Mitglieder¹⁾, wobei kein finanzieller Gewinn erstrebt wird.

Abgesehen davon, daß die weite Formulierung des § 705 BGB auch gewinnorientierte Gesellschaften erfaßt, kann man die Non-Profit Associations durchaus mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts vergleichen. Für das amerikanische Recht fragt sich daher, ob nicht zumindest eine analoge Anwendung der Regeln über die Partnership stattfinden kann.

Zu einem solchen Ergebnis könnte man gelangen, wenn man in der Gewinnorientierung nicht das entscheidende Abgrenzungsmerkmal zwischen Gesellschaften und sonstigen Personengemeinschaften sieht, sondern sie lediglich für ein zusätzliches Attribut bei im wesentlichen gleicher Verbandsstruktur hält.

Es ist in der Tat oft schwer zu entscheiden, ob die Tätigkeit einer Organisation auf die Erzielung von Gewinn ausgerichtet ist oder nicht.²⁾ Als Grundregel für Non-Profit Associations muß gelten, daß Gewinnerzielung als wesentlicher Zweck der Organisation vollständig ausgeschlossen sein muß.³⁾ Dies ist zum Beispiel bei Vereinigungen problematisch, die sich im gewerblichen Bereich betätigen (z.B. die Gewerkschaften), weil sie ohne Zweifel finanzielle Vorteile für ihre Mitglieder erstreben.⁴⁾

Non-Profit Associations werden deshalb gelegentlich als Partnerships angesehen. Lattin begründet seine dahingehende Auffassung damit, daß die Mitglieder Eigentümer des Organisationsvermögens seien und bestimmende Kontroll-

1) Crane, S. 528; vgl. auch Oleck, S. 6

2) Eine genauere Abgrenzung erfolgt auf S. 47 f.

3) Oleck, S. 2

4) Siehe hierzu S. 47; Crane and Bromberg, S. 64; Crane, S. 533

rechte hätten. Außerdem sei im Uniform Partnership Act nicht festgeschrieben, daß die Gewinne nicht auch für Dritte erzielt werden können.¹⁾

Bei näherer Betrachtung bestehen indessen wesentliche strukturelle Unterschiede zu einem Gesellschaftsverhältnis, so daß die herrschende Meinung im amerikanischen Recht die Non-Profit Associations nicht als Partnerships²⁾, sondern als Sonderformen zwischen Corporation und Partnership³⁾ ansieht. Oleck weist zusätzlich darauf hin, daß solche Associations von Steuer- und sonstigen Behörden oft als Quasi-Corporations behandelt werden.⁴⁾

Diese Zwischenposition wird besonders an der Tatsache deutlich, daß es ein geschlossenes System von Regeln für Non-Profit Associations nicht gibt. Soweit überhaupt gesetzliche Bestimmungen existieren, sind sie verstreut in anderen Rechtsgebieten angesiedelt und regeln nur Teilbereiche.⁵⁾

Aber auch nach Common Law gibt es keine speziellen Bestimmungen für diese Vereinigungen. Vielmehr wird je nach der Eigenart des zu behandelnden Problems auf Regeln aus ähnlichen Rechtsgebieten zurückgegriffen.⁶⁾

Schon wegen dieser fehlenden systematischen Geschlossenheit und der Konzentration auf Einzelprobleme läßt sich aus der Betrachtung von Non-Profit Associations wenig für eine Untersuchung gewinnen, deren Aufgabe es ist, die allgemeinen Kriterien für die Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses herauszuarbeiten.

Darüber hinaus werden gesellschaftsrechtliche Vorschriften, also die Regeln über die Partnership, nur in außerordentlich geringem Umfang herangezogen⁷⁾, so daß man bei einer Non-Profit Association kaum von einer gesellschaftsähnlichen Struktur sprechen kann.

Für die Begründung dieser Vereinigungsform ist zwar ebenso wie bei einer Partnership ein Vertrag erforderlich.⁸⁾ Damit entsteht aber noch keine hand-

1) Lattin, S. 7; auch Rowley, S. 90, betont die große Nähe zu den Partnerships.

2) Crane and Bromberg, S. 63/64; v. Sinner, S. 31

3) Crane, S. 529; Oleck, S. 35

4) Oleck, S. 6

5) Oleck, S. 6 und 33, der auch auf das Zurückgehen dieser Organisationsform auf die Corporations hinweist.

6) v. Sinner, S. 31

7) v. Sinner, S. 105

8) Oleck, S. 34

lungsfähige Organisation. Um Außenwirkung entfalten zu können, muß sich die Non-Profit Association durch gesonderten Vertrag eines Vertreters (agent) bedienen, dessen Handlungsbefugnisse im einzelnen festgelegt werden.¹⁾ Bei der Partnership ist dagegen jeder Partner automatisch Agent für die anderen.²⁾

Im Gegensatz zur Partnership³⁾ gibt es auch kein gesondertes Vereinsvermögen. Eigentumsrechte werden vielmehr entweder durch alle Mitglieder als Mit-eigentümer oder – so in aller Regel – durch Treuhänder (trustees) ausgeübt, so daß für diesen Teilbereich das Recht des Trust maßgeblich ist.⁴⁾

Ein Blick auf das Innenverhältnis zeigt noch deutlicher die mangelnde gesellschaftsrechtliche Struktur. Es gilt zwar der Grundsatz des "delectus personae"⁵⁾. Danach kann ein neues Mitglied nur mit Zustimmung der übrigen Beteiligten der Organisation beitreten. Im Gegensatz zur Partnership und zum Gesellschaftsbegriff des deutschen Rechts gibt es aber keine Treuepflicht unter den Mitgliedern.⁶⁾ Darüber hinaus bewirken weder der Tod noch der Austritt eines Mitglieds die Auflösung der Association.⁷⁾

Das Innenverhältnis ist daher eher durch einen Komplex von Eigentums- und Vertragsrechten gekennzeichnet.⁸⁾

Trotz einer äußerlichen Ähnlichkeit zur deutschen Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann die Non-Profit Association daher nicht als (Personen-) Gesellschaft angesehen und im Rahmen dieser Arbeit berücksichtigt werden.

B. Entwicklung und Bedeutung der Partnership

Im Mittelpunkt der Untersuchung stehen die Voraussetzungen für das Entstehen einer Partnership. Wie die übrige Rechtsmaterie sind auch diese Kriterien geprägt worden durch eine jahrhundertelange geschichtliche Entwicklung,

1) Lattin, S. 7; vgl. Steffen, S. 571; Sugarman, S. 20; Crane, S. 532; v. Sinner, S. 105

2) UPA § 9 Abs. 1

3) Dort: v. Sinner, S. 16

4) Crane, S. 529; v. Sinner, S. 105; Oleck, S. 37/38

5) Crane, S. 542; dagegen Rowley, S. 89

6) Crane, S. 542, 546

7) Oleck, S. 34

8) Crane, S. 544 m.w.N. für den Fall der Gewerkschaften

durch die Geisteshaltung der mit ihnen befaßten Personengruppen und vor allem durch die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, unter denen sich die Partnership weiterentwickelte. Um über die Beschreibung der einzelnen Entstehungsvoraussetzungen hinaus zu einer zutreffenden Bewertung von Vertragsschluß und Vertragsvollzug im amerikanischen Personengesellschaftsrecht kommen zu können, ist eine gedrängte Darstellung der geschichtlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Grundlagen der Partnership unerläßlich.

I. Historische Grundlagen der Partnership

Schon aus der weitgefaßten Definition des Uniform Partnership Act (UPA) wird deutlich, daß "partnership" eine der Grundformen wirtschaftlicher Personenzusammenschlüsse ist.¹⁾ Ihre Ursprünge lassen sich bis in die Zeit der babylonischen Herrscher zurückverfolgen.²⁾

Für die Partnership in ihrer heutigen Form sind vor allem drei Rechtsquellen bestimmend gewesen: das römische Recht, das englische Common Law und das Recht der Kaufleute, das Law Merchant.³⁾

Was das römische Recht angeht, bedeutet diese Feststellung eine bemerkenswerte Ausnahme, da allgemein der Einfluß römisch-rechtlicher Grundsätze auf das englische Recht als gering bezeichnet wird.⁴⁾ Dabei ist nicht geklärt, auf welche Weise das römische Recht im Bereich der Partnership einen derartig großen Einfluß gewinnen konnte.⁵⁾

Jedenfalls lassen sich weitgehende Übereinstimmungen des römischen Rechts mit der zweiten Rechtsquelle, dem Common Law, feststellen.⁶⁾ Bei dem Common Law handelt es sich um das gemeine Fallrecht, wie es zuerst von reisenden Richtern des königlichen Gerichts zu Westminster gebildet wurde.⁷⁾

Die Übereinstimmungen der beiden Rechte umfassen wesentliche Struktur-

1) Crane and Bromberg, S. 10; Barrett and Seago, S. 1; Sugarman, S. 1

2) Crane and Bromberg, S. 10

3) Sugarman, S. 1; Wyatt, S. 509; 59 AmJur 2d, § 2; Barrett and Seago, S. 7 m.w.N.

4) Barrett and Seago, S. 7

5) Barrett and Seago, S. 10

6) Barrett and Seago, S. 8

7) Blumenwitz, S. 5

elemente der Partnership: Der Grundsatz des "delectus personae", die Beitragsverpflichtung und die Beteiligung der Vertragsparteien am Gewinn seien beispielhaft genannt.¹⁾ Ein Unterschied ist in diesem Zusammenhang allerdings erwähnenswert: Nach dem Common Law haften die Gesellschafter für Verbindlichkeiten solidarisch. Dagegen gab es bei der römisch-rechtlichen "societas" kein Gesamthandsvermögen; Rechtshandlungen eines Gesellschafters wirkten nur für und gegen ihn, nicht gegenüber der Gesamtheit der socii.²⁾ Bereits aus dieser Form der Haftung läßt sich ein Hinweis auf die stärkere Betonung des Gemeinschaftsverhältnisses im Common Law entnehmen.

Starke Abweichungen weist dagegen die dritte Rechtsquelle auf, das Law Merchant oder die Lex Mercatoria. Dieses eigenständige Recht der Kaufleute gewann vor allem im Mittelalter an Bedeutung, und zwar im Zuge des wachsenden Handels mit dem europäischen Kontinent.³⁾

Aus Gründen der wirtschaftlichen Praktikabilität sah das Law Merchant zum Beispiel eine Partnership als selbständiges rechtliches Gebilde an, ganz im Gegensatz zum Common Law, das den Charakter des Zusammenschlusses von Einzelpersonen betonte. Diese Auseinandersetzung zwischen der "entity theory" und der "aggregate theory"⁴⁾ ist auch heute noch nicht beigelegt.⁵⁾

Unter dem Einfluß des Law Merchant entstanden im Mittelalter auch eigenständige Marktgerichte (Courts Staple), die Streitigkeiten zwischen Kaufleuten unter Beachtung der Handelsbräuche schnell entschieden.⁶⁾

Die Gerichte des Common Law, die sich für derartige Fälle als zu schwerfällig erwiesen hatten, gewannen erst ab dem Beginn des 17. Jahrhunderts wieder Einfluß auf die Rechtsprechung zur Partnership. Möglich wurde dies durch die "equity"⁷⁾, die als verrechtlichtes System von Billigkeitsregeln eine flexiblere Handhabung handelsrechtlicher Streitigkeiten erlaubte.

1) Ausführliche Gegenüberstellung bei Barrett and Seago, S. 8 ff.

2) Kaser, S. 574; Barrett and Seago, S. 10

3) Sugarman, S. 1; Barrett and Seago, S. 10/11

4) Von Barrett and Seago, S. 6, als "war between the law of merchants and the common law" bezeichnet; siehe auch Crane and Bromberg, S. 18 ff.

5) Crane and Bromberg, S. 20

6) 59 AmJur 2d, § 2; Crane and Bromberg, S. 11; Barrett and Seago, S. 4 und 11

7) Crane and Bromberg, S. 12; Barrett and Seago, S. 11

Dabei blieb es nicht aus, daß das Nebeneinander verschiedener Rechtsgrundlagen und Verfahrensprinzipien erhebliche Probleme mit sich brachte. Vor allem im 19. Jahrhundert wurden daher die Bestrebungen, das Recht der Partnership einheitlich zu gestalten, immer stärker.¹⁾

In England gelang diese Vereinheitlichung mit dem Partnership Act von 1890.²⁾ In den Vereinigten Staaten wurde 1914 der Uniform Partnership Act als Musterentwurf vorgelegt.³⁾

Dem UPA ist es allerdings nicht gelungen, die Widersprüche zwischen Common Law und Law Merchant, namentlich zwischen der Aggregate Theory und der Entity Theory, aufzuheben. Während der erste Entwurf unter der Federführung von Dean Ames der Ansicht des Wirtschaftslebens entsprechend die Entity Theory festschrieb, bevorzugte sein Nachfolger Dean Lewis die Aggregate Theory.⁴⁾ In der schließlich verabschiedeten Fassung finden sich beide Ansätze nebeneinander, so daß die weitere Rechtsentwicklung der Rechtsprechung vorbehalten blieb.

Insgesamt hat der UPA einen Großteil der Regeln des Common Law zur Partnership kodifiziert⁵⁾, zum Teil aber auch Neuschöpfungen vorgenommen, so zum Beispiel in der Regelung der Eigentumsverhältnisse.⁶⁾

II. Aktuelle rechtliche Rahmenbedingungen

Angesichts der Tatsache, daß der UPA im Jahre 1979 von 47 Staaten sowie dem District of Columbia – teilweise mit Änderungen – angenommen war⁷⁾, muß man ihn als wichtigste Grundlage des Rechts der Partnership ansehen. Die Abweichungen zwischen den Fassungen der einzelnen Staaten sind verhältnismäßig gering⁸⁾, so daß man für die Zwecke dieser Arbeit keine Differenzierung

1) Wyatt, S. 509; Crane and Bromberg, S. 12; Barrett and Seago, S. 13/14

2) Sugarman, S. 1

3) Reuschlein/Gregory, S. 246

4) Reuschlein/Gregory, S. 246; Crane and Bromberg, S. 26 f.; v. Sinner, S. 15 f.

5) Wyatt, S. 509

6) 59 AmJur 2d, § 3; Reuschlein/Gregory, S. 246; Crane and Bromberg, S. 13

7) Reuschlein/Gregory, S. 246

8) Vgl. Crane and Bromberg, S. 13/14; Wyatt, S. 509; vgl. auch v. Sinner, S. 8

nach dem jeweiligen Staatenrecht vornehmen muß.

Mit dem UPA ist das Recht der Partnership allerdings nicht umfassend geregelt worden.¹⁾ Im Gesetzeswortlaut wird auf eine Reihe weiterer Rechtsregeln hingewiesen, die Anwendung finden sollen, so zum Beispiel nach UPA § 4 Abs. 2 und 3 das Recht des "estoppel"²⁾ und vor allem der "agency"³⁾. Nach UPA § 9 ist nämlich im Rahmen des Unternehmens jeder Partner als Agent der anderen Mitglieder anzusehen. Abgesehen von wenigen Abweichungen, die durch die Eigenart einer Gesellschaft bedingt sind⁴⁾, kommt das Agency-Recht in diesem Rahmen weitgehend zur Anwendung.⁵⁾

Vor allem für den Abschluß des Partnership-Vertrages von Bedeutung ist das "Statute of Frauds", eine englische Regelung aus dem Jahre 1676, die teilweise von den amerikanischen Staaten wieder in Kraft gesetzt worden ist.⁶⁾

Obwohl grundsätzlich weder für die Begründung einer Partnership noch für Vereinbarungen zwischen Partnern und der Partnership eine Form vorgeschrieben ist⁷⁾, erfordert das Statute of Frauds in bestimmten Fallgestaltungen die Schriftform.⁸⁾

So müssen beispielsweise alle Vereinbarungen, die nicht innerhalb eines Jahres erfüllt werden sollen, schriftlich abgefaßt werden.⁹⁾ Nun werden die meisten Partnerships in der Absicht begründet, länger als ein Jahr zusammenzuarbeiten. Dennoch wird auf solche Fälle in der Regel nicht das Statute of Frauds angewandt. Begründen die Parteien nämlich eine Partnership ohne einen bestimmten Beendigungszeitpunkt, so handelt es sich um eine Partnership "at will", die jeder-

1) Crane and Bromberg, S. 14

2) Eine Person kann einen möglichen Rechtsstandpunkt nicht mehr einnehmen, da sie sich durch ihr früheres Verhalten gebunden hat; Blumenwitz, S. 12. Es handelt sich um eine die gesamte anglo-amerikanische Rechtsordnung durchziehende, auf Prinzipien der Moral und des "fair dealing" aufbauende Doktrin; Kimbrough, S. 271

3) "The term 'agency' is defined as a fiduciary relationship arising where one party, known as the 'principal', confides to another person, known as the 'agent', the management of some business or the performance of some transaction by the agent in the principal's name and on his account"; Kimbrough, S. 2

4) z.B. Gleichordnung zwischen 'agent' und 'principal'

5) v. Sinner, S. 62

6) Sugarman, S. 41 mit dem Wortlaut der secs. 4 und 17; Hay, S. 59; Parker, S. 132

7) Crane and Bromberg, S. 110

8) Bei Nichteinhaltung ist die Vereinbarung nach h.M. prozessual nicht erzwingbar; Parker, S. 133; Sugarman, S. 44

9) Sec. 4, abgedruckt bei Sugarman, S. 41

zeit durch den Willen oder Tod eines Partners auflösbar ist. Die Schriftform ist hier nicht erforderlich.¹⁾ Das Statute of Frauds greift also nur dann ein, wenn von vornherein eine bestimmte mehrjährige Partnership vorgesehen ist.

Weitere bedeutsame Fälle des Statute of Frauds sind Schuldübernahmevereinbarungen, Verträge über den Verkauf von Grundbesitz sowie von Gütern ab einem bestimmten Wert.²⁾ Auch diese Teile des Statute of Frauds kommen im Rahmen der Begründung einer Partnership selten zur Anwendung, da die entsprechenden Bestimmungen sehr eng ausgelegt werden.³⁾

Dies begünstigt auch für den Bereich der Partnership die allgemeine Vorherrschaft von mündlichen Vereinbarungen.⁴⁾ Da sich der Wortlaut von Vertragsgesprächen in der Praxis im allgemeinen nicht rekonstruieren läßt, bietet sich in derartigen Fällen nur selten die Möglichkeit, im Wege der Auslegung von Vertragsvereinbarungen die Gründung einer Partnership zu überprüfen. Daher orientieren sich die Kriterien für die Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses vornehmlich an der tatsächlichen Betätigung des Personenverbandes im Rechts- und Wirtschaftsleben.

Schließlich wird das Recht der Partnership maßgeblich durch die Steuergesetzgebung beeinflusst.

Vor allem die Wahl der Gesellschaftsform, insbesondere zwischen Corporation und Partnership, richtet sich nach den steuerlichen Auswirkungen. Bei einer Corporation werden die erwirtschafteten Gewinne auf zwei Ebenen besteuert, und zwar bei der Corporation selbst durch die Körperschaftsteuer und nach der Ausschüttung bei dem Anteilseigner durch die Einkommensteuer. Dagegen unterliegen bei der Partnership die Gewinne nur einer einmaligen Einkommensbesteuerung beim Gesellschafter.⁵⁾ Vom Prinzip her entspricht daher die Besteuerung bei amerikanischen Körperschaften im wesentlichen der Situation in der Bundesrepublik. Durch die Einführung des Anrechnungsverfahrens (§§ 23, 27 ff. KStG, 36 Abs. 2 EStG) ergibt sich in der Bundesrepublik aber keine echte Doppelbelastung mehr, sondern im Endergebnis nur noch die individuelle Einkommen-

1) Parker, S. 132; Crane and Bromberg, S. 110; Barrett and Seago, S. 314

2) Barrett and Seago, S. 313; Crane and Bromberg, S. 111 - 113; Parker, S. 132

3) Vgl. Crane and Bromberg, S. 111 - 113; Barrett and Seago, S. 314 - 318

4) McCormick, S. 430

5) v. Sinner, S. 2; Reuschlein/Gregory, S. 266; Veltins, S. 16

steuerbelastung beim Anteilseigner.

Auch die Art der Besteuerung ist bei der amerikanischen Partnership ähnlich wie im deutschen Recht. Die Partnership hat zwar eine Einkommensteuererklärung abzugeben; die Steuern werden jedoch nach Maßgabe der Gewinnanteile aus der Steuererklärung von den einzelnen Gesellschaftern gezahlt¹⁾, was dem System der einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung der §§ 179 ff. AO nahekommt.

III. Die wirtschaftliche Bedeutung der Partnership

Die zahlenmäßige Entwicklung der Partnership in der Wirtschaft der Vereinigten Staaten ist daher auch ein Gradmesser für die Wirkungen der Steuergesetzgebung. Als zum Beispiel im Verlauf des 2. Weltkrieges die Gewinne bei Corporations extrem hoch besteuert wurden, war ein starkes Ansteigen der Zahl der Partnerships zu beobachten; ähnlich verhielt es sich im Verlauf des Korea-Krieges.²⁾

Wie sich die Partnership im Vergleich zu Corporations zahlenmäßig und von der wirtschaftlichen Bedeutung her seit dem 2. Weltkrieg entwickelt hat, zeigt die nachfolgende Tabelle³⁾:

Jahr	Partnerships			Corporations		
	Zahl	Umsatz	Gewinn	Zahl	Umsatz	Gewinn
1939	291	14,8	10,8	470	132,9	5,0
1945	627	46,6	14,6	421	244,0	8,6
1953	959	78,6	10,7	698	534,6	7,4
1960	941	72,9	11,5	1.141	802,8	5,4
1965	914	75	13,3	1.424	1.195	6,2
1970	936	93	10,8	1.665	1.751	3,8
1976	1.096	160	6,3	2.105	3.606	5,1

(Anzahl in Tausend; Umsätze in Mrd. \$; Gewinne in % vom Umsatz)

- 1) Sugarman, S. 9; Crane and Bromberg, S. 113 f.; auf diese Weise entsteht eine Aufspaltung von Einkünften, was zur Anwendung niedrigerer Steuersätze führt. Das Bestreben, durch Bildung einer sog. "family partnership" die Steuerbelastung für einen Einzelunternehmer zu senken, lag daher nahe. Dazu später S. 111 ff.
- 2) Crane and Bromberg, S. 5 f. sowie die Tabelle auf S. 7
- 3) Quellen: Zahlen bis 1960 aus Crane and Bromberg, S. 9, ab 1965 aus Statistical Abstract 1979, S. 553 Nr. 913

Obwohl die Corporations zahlenmäßig, vom Umsatz und vom Gewinn (in absoluten Zahlen) her dominieren, spielen die Partnerships in der amerikanischen Wirtschaft keineswegs eine unbedeutende Rolle.¹⁾ Auffällig ist das im Schnitt günstigere Verhältnis zwischen Umsatz und Reingewinn bei den Partnerships. Dies deutet auf die größere Verbreitung der Partnership im Dienstleistungssektor und bei den freien Berufen hin, weil dort die Betriebskostenquote geringer ist.²⁾ Daneben ist diese Gesellschaftsform gebräuchlich bei kleineren Unternehmen³⁾ (z.B. im Bereich des Groß- und Einzelhandels⁴⁾), bei denen nicht der Kapitaleinsatz, sondern die persönliche Tätigkeit der Inhaber im Vordergrund steht.

Wie aus der Übersicht weiter zu entnehmen ist, hat sich der zahlenmäßige Anstieg bei den Partnerships deutlich verlangsamt. Während sich für den Zeitraum von 1939 bis 1953 ein Anstieg von 229,6% verzeichnen läßt, beläuft sich die Steigerung von 1965 bis 1976 auf 19,9%. Für die Corporation lauten die Zahlen: 1939 - 1953: 48,5%; 1965 - 1976: 47,8%.

Ursache für diese Entwicklung ist zum Teil die Steuergesetzgebung, die nach Beendigung des Koreakrieges die starke steuerliche Belastung für Corporations wieder abbaute.⁵⁾

Vor allem für die zukünftige Entwicklung bedeutsam ist die Tatsache, daß zu Lasten der Partnership Zugangsbeschränkungen für die Corporation aufgehoben worden sind. So haben Börsenmakler seit etwa 1953 die Möglichkeit, sich in der Form einer Corporation zusammenzuschließen.⁶⁾ Bei riskanten Unternehmen bedeutet diese Möglichkeit, eine Haftungsbeschränkung herbeizuführen, einen starken Anreiz. Dabei wird selbst die ungünstigere Besteuerung in Kauf genommen.

Schließlich droht der Partnership möglicherweise gerade im Bereich der freien

1) Heenen, a.a.O., sec. 97

2) Crane and Bromberg, S. 6; 59 AmJur 2d, § 21; Heenen, a.a.O., secs. 71 und 97

3) v. Sinner, S. 1

4) Crane and Bromberg, S. 2 und 6

5) Vgl. Crane and Bromberg, S. 5

6) Crane and Bromberg, S. 5 f.

Berufe Gefahr, und zwar durch die Zulassung sogenannter Professional Corporations.

Wegen der engen persönlichen Verbindung zu Klienten, Patienten oder Mandanten und dem damit zusammenhängenden Treueverhältnis war es den Angehörigen freier Berufe früher unmöglich, sich in der mit dem "Makel" der Haftungsbeschränkung behafteten Form der Corporation zusammenzuschließen.¹⁾ Dennoch ging die Finanzverwaltung seit Mitte der 30er Jahre dazu über, zunächst ärztliche Gemeinschaftspraxen und Kliniken wie Corporations zu besteuern, da sie eine ähnliche Struktur hatten. Folgerichtig begannen die betroffenen Ärzte, sich als Angestellte zu betrachten und zum Beispiel steuerlich vorteilhafte Pensionsregelungen aufzustellen. Hiergegen wandte sich wiederum die Finanzverwaltung mit dem Argument, die Vorteile des Angestelltenstatus dürften nicht in Anspruch genommen werden, da nach dem Zivilrecht der jeweiligen Bundesstaaten die Bildung einer Corporation ausgeschlossen sei.²⁾

Dieser Disput wurde schließlich gerichtlich entschieden in dem Fall *United States v. Kintner*³⁾. Die Entscheidung stellt fest, daß das jeweilige Staatenrecht für die Feststellung der Rechtsform einer Organisation im Rahmen der Erhebung von Bundessteuern nicht anwendbar sei. Danach konnten also Gemeinschaftspraxen zwar wie Corporations besteuert werden, sie konnten andererseits aber auch die steuerlichen Vorteile dieser Rechtsform in Anspruch nehmen.

Der zwischen den Vertretern der freien Berufe und der Finanzverwaltung auch nach der Kintner-Entscheidung weiterschwelende Streit⁴⁾ wurde schließlich in den 60er und 70er Jahren durch gesetzliche Regelungen in allen Bundesstaaten beendet. Heutzutage ist unter Einhaltung bestimmter Erfordernisse⁵⁾ prinzipiell die Gründung einer Professional Corporation möglich.

Neben der Haftungsbeschränkung bietet dies eine Reihe von Vorteilen, die

1) Reuschlein/Gregory, S. 495

2) Reuschlein/Gregory, S. 496

3) 216 F 2d 418 (1954)

4) Die Finanzverwaltung versuchte, das Problem in ihrem Sinne durch die sogenannten "Kintner Regulations" zu lösen, die letztlich die Anwendung von Zivilrecht vorsahen.

5) a) Mehrere Gesellschafter

b) Ziel, ein Unternehmen zu betreiben und die Gewinne zu teilen

c) Dauernde Existenz

d) Zentrale Geschäftsführung

e) Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt

f) Freie Übertragbarkeit der Anteile

daraus herrühren, daß die Mitglieder einer derartigen Corporation einerseits am Gewinn beteiligt sind, andererseits aber die Stellung eines Angestellten haben. So können sie zum Beispiel wie Angestellte steuerfreie Entschädigungen für Krankenhausaufenthalte beziehen und andere Steuerermäßigungen und -freiheiten in Anspruch nehmen.¹⁾

Ob und inwieweit diese Gestaltungsmöglichkeit für die Mitglieder der freien Berufe sich auf den Bestand an Partnerships auswirken wird, läßt sich derzeit nicht abschätzen.

IV. Der Regelungsbereich der Partnership im Vergleich mit den deutschen Gesellschaftsformen

Die vorstehenden Ausführungen zum rechtlichen und wirtschaftlichen Geltungsbereich der Partnership lassen sich auf das deutsche Recht nicht oder nur sehr bedingt übertragen, da es keine Gesellschaftsform des deutschen Rechts gibt, die sich mit der Partnership vollständig zur Deckung bringen läßt.

Eine wesentliche Ursache hierfür ist die Tatsache, daß es im Gegensatz zum anglo-amerikanischen Recht in fast allen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen eine Trennung zwischen Zivil- und Handelsrecht und damit zwischen einfacher Gesellschaft (Gesellschaft bürgerlichen Rechts) und Handelsgesellschaft (Offene Handelsgesellschaft) gibt.²⁾ BGB-Gesellschaft und oHG sind dabei im Grunde wesensgleich; sie unterscheiden sich nur darin, daß für die oHG der Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes verlangt wird. Die Wesens-

1) Weitere Vorteile beschreiben Reuschlein/Gregory, S. 499

2) Bundesrepublik: §§ 705 ff. BGB (BGB-Gesellschaft); §§ 105 ff. HGB (oHG)
 Frankreich: Art. 1832 ff. Code Civile (einfache Gesellschaft); Art. 10 - 33 Gesetz Nr. 66-537 (société en nom collectif)
 Italien: Art. 2251 ff. Codice Civile (società semplice); Art. 2291 ff. Codice Civile (società in nome collettivo)
 Niederlande: Art. 1655 ff. Burgerlijk Wetboek (Maatschap); Art. 14 ff. Wetboek van Koophandel (Vennootschap Onder Firma)
 Heenen, a.a.O., sec. 68; Parker, S. 158; Hay, S. 148; v. Sinner, S. 29 f.

gleichheit offenbart sich darin, daß aus einer oHG ohne weiteres eine BGB-Gesellschaft wird, wenn das Handelsgewerbe wegfällt.¹⁾

Das amerikanische Recht kennt diese Unterscheidung nicht. Sowohl die Sozietät unter Freiberuflern, die im deutschen Recht eine BGB-Gesellschaft ist, als auch der Betrieb eines Grundhandelsgewerbes in Form einer Personengesellschaft werden in der Konstruktion der Partnership erfaßt. Sie deckt damit sowohl den Bereich der zivil- als auch der handelsrechtlichen Gesellschaft ab.²⁾

Andererseits fordert UPA § 6 Abs. 1 für die Partnership zwingend, daß das Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben wird. Zwar sind auch BGB-Gesellschaften überwiegend gewerblich tätig; die Gewinnerzielungsabsicht zählt jedoch nicht zu den unabdingbaren Voraussetzungen dieser Rechtsform.

Die Partnership umfaßt daher nur jenen Kernbereich der Personengesellschaften, die sich im engeren Sinn wirtschaftlich betätigen.³⁾

Es wird sich noch an verschiedenen Stellen dieser Arbeit zeigen, daß die Beschränkung des Begriffs der Partnership durch das Merkmal der Gewinnerzielung nicht nur eine unbedeutende Abweichung in einer Gründungsvoraussetzung darstellt. Vielmehr verbinden sich mit dem Erfordernis der Gewinnerzielungsabsicht die dem amerikanischen Recht eigenen Kriterien und Methoden bei der Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses und damit auch eine andersartige Bewertung des Vertragserfordernisses als Strukturelement einer Personengesellschaft.

1) Westermann, Handbuch I, Rdn. 6, 12, 73

2) Parker, S. 158; Hay, S. 148; für das schweizerische Recht v. Sinner, S. 29 f.

3) Zur Inkongruenz der Gesellschaftsformen auch Seeliger, S. 102 f.

Teil II

Der Gesellschaftsvertrag als Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses

Die Überschrift dieses Abschnitts deutet bereits darauf hin, daß zwischen den Begriffen "Gesellschaftsverhältnis" und "Gesellschaftsvertrag" keine Identität besteht. Während der erste Begriff die sozialen, wirtschaftlichen und rechtlichen Beziehungen der handelnden Mitunternehmerschaft erfaßt, geht es bei dem Gesellschaftsvertrag um das Zustandekommen der Gesellschaft durch Willenserklärungen der beteiligten Parteien.

Das Thema dieser Arbeit steht im Spannungsfeld zwischen diesen beiden Begriffen. Welche Bedeutung kommt den Willenserklärungen der beteiligten Personen und damit dem Gesellschaftsvertrag bei der Gründung einer Partnership zu? Bevor diese Frage anhand einzelner Kriterien erörtert werden kann, ist zu untersuchen, ob ein Vertrag zur Begründung einer Gesellschaft überhaupt erforderlich ist.

A. Die Unentbehrlichkeit eines Gesellschaftsvertrages

1. Das Vertragserfordernis im amerikanischen Recht

Soweit dies überblickt werden kann, hat es im amerikanischen Recht keine wirklich grundlegende Auseinandersetzung um das Vertragserfordernis gegeben. Sowohl in der Rechtsprechung als auch in Literatur und Gesetzgebung wird darauf abgehoben, daß jede Gesellschaft (Partnership) auf einer vertraglichen Grundlage beruhe.¹⁾

1) Dies gilt auch für das englische Recht; einen Überblick vermittelt Heenen, a.a.O., secs. 15 und 16

1. Die Gesetzgebung

Seitdem der Uniform Partnership Act in nahezu allen US-Bundesstaaten geltendes Recht ist¹⁾, läßt sich aus dem Begriff "association" in der Legaldefinition des UPA § 6 mit einiger Vorsicht ein Hinweis auf eine vertragliche Grundlage entnehmen. Jedenfalls wird im Zusammenhang mit diesem Definitionselement betont, daß der Zusammenschluß freiwillig sei und auf einer entsprechenden "Absicht" (intention) beruhe.²⁾

Bemerkenswerterweise haben nicht einmal die Entwurfsverfasser des UPA den Begriff "contract" verwendet. Daraus zu schließen, sie hätten dem Vertragserfordernis keine Bedeutung beigelegt, wäre indes voreilig. Die Begründung für ihre Zurückhaltung geben die Commissioners selbst: "To say that the association must be created by contract, is not only unnecessary, but in view of the varied use of the word 'contract' in our law, if the word is used an explanation would have to be made as to whether the contract could be implied, and if so, whether it could be implied in law or only implied as a fact. By merely saying that it is an association these difficulties are avoided."³⁾

Wie auch in anderen Fällen⁴⁾ wollte der UPA auch hier nur einen allgemeinen Rahmen abstecken und die Ausgestaltung dieses Erfordernisses der Rechtsfortbildung, insbesondere den Gerichten überlassen.

2. Die Literatur

Dagegen hat sich die Literatur durchweg eindeutig zu diesem Problem geäußert. Es wird nicht nur allgemein von dem Erfordernis einer Vereinbarung zwischen den Parteien gesprochen; es müßten auch alle Voraussetzungen für einen "contract" im Rechtssinne gegeben sein.⁵⁾ Dies betrifft namentlich das dem anglo-amerikanischen Recht eigentümliche Element der "consideration"⁶⁾,

1) Er war 1979 bereits von 47 Bundesstaaten ratifiziert; Reuschlein/Gregory, S. 246

2) Wyatt, S. 513; Rowley, S. 34

3) Commissioners' Note to UPA § 6,7, Uniform Laws Annotated, S. 12

4) Vgl. hierzu 59 AmJur 2d, § 39

5) So insbesondere 59 AmJur 2d, § 36; Sugarman, S. 39; Kerr, S. 705; Barrett and Seago, S. 294; Mechem, S. 56

6) Zu diesem Erfordernis im allgemeinen Vertragsrecht Parker, S. 128

das - neben anderen - den Vertrag im Rechtssinne von sonstigen, nicht erzwingbaren Übereinkünften unterscheidet.¹⁾

3. Die Rechtsprechung

Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Frage des Vertragserfordernisses ist nicht geradlinig verlaufen. Darüber hinaus finden sich auch heute noch einige von der allgemeinen Linie abweichende Entscheidungen.

Nimmt man frühere englische Entscheidungen, die auch für die Rechtsprechung in den Vereinigten Staaten richtungweisend waren²⁾, wörtlich, so konnte eine Partnership ohne Elemente eines dahingehenden Vertragsschlusses allein aufgrund einer Gewinnbeteiligung an einem gewerblichen Unternehmen entstehen. Besonders aufschlußreich sind die Fälle *Grace v. Smith*³⁾ und *Waugh v. Carver*⁴⁾.

In *Grace v. Smith* bestand zwischen Smith und einem Robinson eine Partnership, die nach einigen Differenzen formell aufgelöst wurde. Nach der Auseinandersetzungsvereinbarung sollte Robinson das Gesellschaftsvermögen übernehmen und den Betrieb fortsetzen, während Smith sein Auseinandersetzungs-guthaben als Darlehen gegen einen Zins von 5% und einen Zuzahlungsbetrag von 300 Pfund pro Jahr im Unternehmen stehenließ. Nachdem Robinson in Konkurs gegangen war, wurde Smith von dem Gläubiger Grace mit der Behauptung in Anspruch genommen, dieser sei als "secret partner" für die Verbindlichkeiten Robinsons haftbar. In seinem Votum vertrat der Richter De Grey folgende Auffassung: "The only question is, what constitutes a secret partner? Every man who has a share of the profits of a trade ought also to bear his share of the loss. And if any one takes part of the profit, he takes a part of that fund on which the creditor of the trader relies for his payment."⁵⁾

Dieser Grundsatz wurde auch in dem Fall *Waugh v. Carver* herangezogen.

1) Zur Abgrenzung zwischen "contract" und "agreement" siehe S. 29

2) Nach einer Anfangsperiode im Anschluß an den Unabhängigkeitskrieg, in der jede Anlehnung an das alte Recht peinlich vermieden wurde, hatten die Vereinigten Staaten so viel Selbstbewußtsein gewonnen, daß das englische Recht wieder in größerem Umfang zum Tragen kam; vgl. Hay, S. 1 f.

3) 96 E.R. 587 (1775)

4) 126 E.R. 525 (1793)

5) Die Klage wurde abgewiesen, weil nach Ansicht des Gerichts keine Gewinnbeteiligung bestanden hat.

Die Carvers einerseits und Giesler andererseits, die als Schiffsmakler in verschiedenen Häfen jeweils selbständige Unternehmen führten, waren übereingekommen, die Gewinne und sonstigen Vorteile aus ihren jeweiligen Geschäften in einem bestimmten Verhältnis miteinander zu teilen. Dabei wurde ausdrücklich vereinbart, daß keiner für die Handlungen und Verluste des anderen verantwortlich sein sollte. Dennoch hielt das Gericht unter Berufung auf den Fall *Grace v. Smith* im Verhältnis zu dem klagenden Gläubiger eine Partnership für gegeben.

In beiden Fällen handelte es sich entgegen dem Wortlaut der Entscheidungen aber weniger darum, das Wesen der Partnership zu bestimmen, sondern darum, ob gegenüber Dritten ein Haftungsverhältnis wie bei einer Partnership begründet wurde.¹⁾ In dem Fall *Waugh v. Carver* wird die Trennung zwischen der Regelung im Innenverhältnis und der Haftung nach außen besonders deutlich vollzogen: "... it is plain upon the construction of the agreement, if it be construed only between the Carvers and Giesler, that they were not nor ever meant to be partners. ... That was the agreement between themselves. But the question is, whether they have not, by parts of their agreement, constituted themselves partners in respect to other persons?"²⁾

Obwohl es also nur um die Begründung der Haftung gegenüber Dritten ging, entwickelte sich auf dem Boden dieser Entscheidungen das Institut der "partnership as to third persons", bei dem gesellschaftsvertragliche Elemente nicht berücksichtigt wurden. Sowohl in England als auch in den USA³⁾ hatte diese Theorie längere Zeit Gültigkeit.

Eine Änderung trat in England erst durch die Entscheidung *Cox v. Hickman*⁴⁾ ein. Vor allem Lord Chief Baron Pollock betont in seinem Votum unter Anlehnung an Joseph Story⁵⁾, daß es sowohl für das Innen- als auch für das Außenverhältnis auf die Vereinbarung und Absicht der Parteien ankomme, eine Partnership zu gründen.⁶⁾

1) Seeliger, S. 14 ff.

2) 126 E.R. 525, 532 (1793)

3) Siehe die in Crane and Bromberg, S. 67 Fn. 1 genannte Rechtsprechung; vgl. 68 C.J.S., § 25; 59 AmJur 2d, § 47

4) L.R. 8 HLC 267 (1860); eine Sachverhaltsdarstellung und Besprechung dieses Falls folgt auf S. 56 f.

5) Story, S. 52 f. und 72 f.

6) *Cox v. Hickman*, L.R. 8 HLC 267, 301 (1860)

In den Vereinigten Staaten versuchte man zunächst noch mit anderen, höchst problematischen Abgrenzungen¹⁾ der Unzuträglichkeiten der alten Rechtsprechung Herr zu werden; erst mit der Veröffentlichung des UPA trat auch hier ein Wandel ein.²⁾

Nach UPA § 7 Abs. 1 kann - abgesehen vom Haftungsfall des "estoppel" - nur jemand als Partner im Außenverhältnis angesehen werden, der dies auch im Innenverhältnis ist. Dementsprechend hält die moderne Rechtsprechung in den Vereinigten Staaten das Vertragselement für grundlegend.³⁾

Von dieser allgemeinen Linie scheinen einige Entscheidungen abzuweichen. Bei der in Louisiana ergangenen Entscheidung *In Re China Union Lines, Ltd.* heißt es in dem Leitsatz Nr. 2, daß eine Partnership allein kraft Gesetzes entstehen könne, obwohl die Parteien ausdrücklich jede Absicht in Abrede gestellt hätten, eine Partnership zu gründen.⁴⁾ Dieser Leitsatz ist ungewöhnlich, weil in einer anderen Entscheidung aus Louisiana unter Bezugnahme auf den dort geltenden Civil Code das Vertragserfordernis ganz klar herausgestellt wird.⁵⁾ Bei näherer Betrachtung des Falls *China Union Lines* wird jedoch deutlich, daß nicht das Vertragserfordernis aufgegeben, sondern lediglich die Anforderungen an den Vertragswillen eingeschränkt werden sollten. So wird unter der Überschrift "conclusions of law" als Grundlage Art. 2801 Rev. Civil Code (1879)

1) "Sharing of profits 'as such'"; siehe hierzu S. 53

2) Vgl. Crane and Bromberg, S. 68; 59 AmJur 2d, § 47

3) *Claude v. Claude*, 228 P 2d 776 (1951); *Zuback v. Bakmaz*, 29 A 2d 473 (1943); *Eder v. Reddick*, 278 P 2d 361 (1955); *Preston v. State Industrial Accident Commission*, 149 P 2d 957 (1944) m.w.N.; auch wenn es sich um eine mehr zufällige Auswahl von Entscheidungen handelt, so fällt doch auf, daß sie mit Ausnahme des Falls *Preston* Klagen im Innenverhältnis auf Auseinandersetzung betreffen. In der Sache *Eder v. Reddick* wird hervorgehoben, daß für die Feststellung einer Partnership im Innenverhältnis ein stärkerer Beweis erforderlich sei als für die Gesellschafterhaftung nach außen. Auch die Entscheidung *Boyle v. Cleveland*, 24 NE 2d 587 (1939) scheint unterschiedliche Maßstäbe für das Außen- und Innenverhältnis anzulegen. Da jedoch nur die Leitsätze abgedruckt sind, läßt sich aus dem Urteil wenig herleiten. Zu der Trennung zwischen Innen- und Außenverhältnis bei der Feststellung einer Partnership S. 97 ff.

4) 342 F.Supp. 426 (1971); es ging um die Haftung einzelner Kapitane und der Kapitänsvereinigung aus einem Schiffsunglück. An dieser Stelle ist anzumerken, daß der UPA in Louisiana nicht gilt (Veltins, S. 13).

zitiert, wo von einem "synallagmatic and commutative contract" die Rede ist.¹⁾

Ähnlich verhält es sich mit der Entscheidung Grissum v. Reesman, nach deren Leitsatz Nr. 6 eine Partnership eine tatsächliche Beziehung zwischen zwei oder mehr Personen ist, die ein geschäftliches Unternehmen betreiben.²⁾ Liest man die Entscheidung weiter, so stellt man fest, daß nicht nur auf das Erfordernis eines "agreement" hingewiesen, sondern sogar eine "consideration" festgestellt wird.³⁾

Insgesamt wird in der Rechtsprechung einheitlich von einer vertraglichen Basis der Partnership ausgegangen. Es fällt allerdings auf, daß die Entscheidungen vielfach zum Vertragserfordernis allgemeine Grundsätze in den Raum stellen, später aber an keiner Stelle konkret eine Ausfüllung dieser Prinzipien vornehmen, sondern sich ausschließlich an dem tatsächlichen Erscheinungsbild des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses orientieren.⁴⁾

Auch an den verwendeten Formulierungen wird deutlich, daß zwischen dem Gesellschaftsvertrag und der Partnership als Rechtssubjekt durchaus Unterschiede gesehen werden. Lediglich als Beispiel sei der Fall Preston v. State Industrial Accident Commission zitiert, in dem eine Partnership als "relation founded in voluntary contract" bezeichnet wird.⁵⁾

Aus diesen und weiteren Anhaltspunkten läßt sich entnehmen, daß trotz der grundsätzlichen Betonung einer vertraglichen Grundlage den Parteierklärungen bei der Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt. Dies wird bei der anschließenden Betrachtung der einzelnen Kriterien und insbesondere bei der Behandlung der "intention" noch deutlicher werden.

II. Der Streit um die "Faktische Gesellschaft" im deutschen Recht

Anders als im englischen und amerikanischen Recht stand das Vertrags-

1) In Re China Union Lines, Ltd., 342 F.Supp. 426, 430 (1971)

2) 505 SW 2d 81 (1974)

3) a.a.O., S. 85 und 88

4) z.B. Eder v. Reddick, 278 P 2d 361 (1955); vgl. auch Crane and Bromberg, S. 42

5) 149 P 2d 957, 961 (1944)

prinzip bei der Entstehung einer Gesellschaft im deutschen Recht über mehrere Jahrzehnte hinweg im Mittelpunkt einer ausgiebigen dogmatischen Diskussion.

Die Ausgangsfrage wurde etwa folgendermaßen formuliert: "Gibt es im Gesellschaftsrecht Ausnahmen von dem Vertragsprinzip in der Weise, daß ohne Vorliegen eines Gesellschaftsvertrages die Tatsache der Betätigung der Gesellschafter nach außen und innen als solche Entstehungsgrund einer Gesellschaft sein kann ... ?"¹⁾

1. Die Lehre von der "Faktischen Gesellschaft"

Die Lehre von den "faktischen Vertragsverhältnissen"²⁾ beruht auf der Erkenntnis, daß Vertragsverhältnisse im täglichen Leben oft auf eine Weise zustandekommen, an die die Verfasser des BGB nicht gedacht haben. Es handelt sich dabei um sehr unterschiedliche Fallgestaltungen, die Haupt in drei Gruppen zusammenfaßt: Faktische Vertragsverhältnisse kraft sozialen Kontaktes, kraft Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis und kraft sozialer Leistungsverpflichtung.³⁾

In der ersten Gruppe erfaßt Haupt die Tatbestände des "Verschuldens beim Vertragsschluß" und zitiert als Beispiel den bekannten Linoleum-Fall⁴⁾. Im Ergebnis war klar, daß für derartige Sachverhaltsgestaltungen, in denen bereits ein "sozialer Kontakt" erfolgt war, die Regeln des Deliktsrechts nicht paßten, bei dem die rechtliche Beziehung erst durch den Schadenfall entsteht. Im Zusammenhang mit der Suche nach einer dogmatischen Grundlage für die Anwendung des Vertragsrechts - zu dem eigentlich beabsichtigten Vertragsschluß (z.B. Kaufvertrag) war es in solchen Fällen ja nicht gekommen - wurde auch die Existenz eines "selbständigen vorbereitenden Vertrages" diskutiert.⁵⁾ Dagegen vertritt Haupt die Auffassung, es dürfe kein Vertragsschluß "erdichtet" werden, sondern man müsse anerkennen, daß es Vertragsverhältnisse ohne Vertragsschluß gebe.⁶⁾

Gleiches müsse auch für Gesellschaften gelten, deren Vertrag sich später als von Anfang an nichtig erweise. Auch hier könne nicht ignoriert werden, daß

1) Staudinger-Keßler, § 705 Rdn. 2

2) Hauptvertreter: Haupt, Siebert und Schumann

3) Haupt, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 9

4) RGZ 78, S. 239 ff.

5) Planck-Siber, Vorbem. I 4 c) vor §§ 275 ff.

6) Haupt, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 11

ein verbandsrechtlicher Zusammenschluß existiere; dieser könne nur für die Zukunft beendet werden.¹⁾

Die "faktischen Vertragsverhältnisse" unterscheiden sich nach Ansicht von Haupt lediglich in der Art des Zustandekommens, nicht dagegen in ihrer Existenz von sonstigen zivilrechtlichen Verträgen.²⁾

Ähnlich ging auch Siebert davon aus, daß eine tatsächliche unternehmerische Betätigung nicht ignoriert werden könne, wobei allerdings die Einschränkung durch den Begriff des "Unternehmens" zu beachten ist.³⁾

Die Aussagen dieser Lehre zielen jedoch wohl nicht darauf ab, die "Faktische Gesellschaft" mit allen rechtlichen Konsequenzen einer vollwirksamen, das heißt durch gültigen Vertrag begründeten Gesellschaft gleichzustellen. Der Erklärungsansatz dient vielmehr dazu, die Abwicklung derartiger Rechtsverhältnisse zu ermöglichen, ohne auf die nicht zu praktizierenden Regeln der §§ 812 ff. BGB zurückgreifen zu müssen, und um auf der anderen Seite die Inkonsequenzen der herrschenden Meinung zu vermeiden.⁴⁾ Siebert war es, der diese Zielrichtung durch die Begriffsbildung "fehlerhafte" Gesellschaft deutlich machen wollte.⁵⁾

2. Die herrschende Lehre von der "fehlerhaften" Gesellschaft

Die sowohl früher⁶⁾ als auch heute⁷⁾ eindeutig herrschende Meinung verlangt für ein Gesellschaftsverhältnis - sei es eine BGB-Gesellschaft oder eine oHG - nicht nur einen zugrundeliegenden Gesellschaftsvertrag; erforderlich ist darüber hinaus das Zustandekommen dieses Vertrages durch Willenserklärungen der beteiligten Personen. Insoweit kann sie sich auf die Regelung des § 705 BGB stützen, der den Vertragsbegriff enthält und damit auf die Regeln der §§ 145 ff. BGB verweist.⁸⁾

1) Haupt, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 17 f., und Gesellschaftsrecht, S. 26 f.

2) Haupt, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 9

3) Siebert, Faktische Gesellschaft, S. 269 und 284

4) Siebert scheint das Problem eingeschränkt auf die Nichtigkeitsfälle zu sehen (vgl. Faktische Gesellschaft, S. 288); auch die als Ausgangspunkt gewählten Fälle sowie die Behandlung der ausländischen Rechte deuten darauf hin; Haupt, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 17, und Gesellschaftsrecht, S. 26 f.

5) Siebert, Faktische Gesellschaft, S. 289

6) Siehe hierzu Schmidt, S. 156 Fn. 9

7) Statt anderer Fischer in Großkommentar HGB, § 105 Rdn. 47

8) Vgl. Schmidt, S. 155

Die bei einer Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrages auftretenden Probleme der Rückabwicklung werden auf ganz andere Weise angegangen. Durch die Rechtsprechung war bereits gewohnheitsrechtlich anerkannt, daß in Vollzug gesetzte Gesellschaften nicht nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln, sondern bei Vorliegen von Rücktritts- oder Nichtigkeitsgründen ordnungsgemäß zu liquidieren seien.¹⁾ Es ging nur darum, dieses Ergebnis auf eine akzeptable dogmatische Grundlage zu stellen und allgemeine Grundsätze zu entwickeln.

Es ist wohl das Verdienst von Erman, eine Lehre entwickelt zu haben, die heute mit wenigen Ausnahmen²⁾ allgemein akzeptiert wird. Die Lösung wird nicht in einer Aufhebung des Vertragsprinzips, sondern in differenzierter Weise in Durchbrechungen der Nichtigkeitsfolgen gesehen.³⁾

Damit hat die Lehre von der "Faktischen Gesellschaft" auf ihrem wesentlichen Anwendungsgebiet erheblich an Bedeutung verloren.

B. Wirksamkeitserfordernisse des Partnership-Vertrages

Wie zuvor bereits angedeutet wurde, kommt dem Partnership-Vertrag im Rahmen der Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses nicht die Bedeutung zu, wie es die grundsätzliche Betonung des Vertragserfordernisses vermuten ließe. Bevor dies anhand der einzelnen Beurteilungskriterien näher dargelegt wird, sind noch einige Ausführungen zu den Wirksamkeitserfordernissen des Partnership-Vertrages erforderlich. Denn bereits hier zeigen sich Abweichungen vom allgemeinen Vertragsrecht, die Rückschlüsse auf die eingeschränkte Bedeutung der von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen zulassen. Es fällt insbesondere eine unterschiedliche Bewertung von Innen- und Außenverhältnis ins Auge.⁴⁾

Bei den hier vorzustellenden Wirksamkeitserfordernissen handelt es sich um "competency", "legality" und insbesondere um die "consideration".⁵⁾

1) Siehe hierzu Erman, S. 9 ff.

2) z.B. Simitis, insbesondere S. 234

3) Erman, S. 16; Staudinger-Kießler, § 705 Rdn. 3

4) Zu diesem Problembereich eingehend S. 97 ff.

5) Sugarman, S. 39

I. Exkurs: Die Begriffe "contract" und "agreement"

Gerade im Zusammenhang mit den Wirksamkeitserfordernissen eines Partnership-"Vertrages" fällt auf, daß sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung oft unterschiedslos die Begriffe "contract" und "agreement" verwendet werden.¹⁾

Ein "agreement" stellt gegenüber dem "contract" erheblich geringere Anforderungen: Im rechtlichen Sinne - und nicht einmal auf diese Sphäre ist der Begriff beschränkt - sind nichts weiter als Angebot und Annahme erforderlich.²⁾ Für den "contract" unabdingbare Elemente wie Geschäftsfähigkeit, "consideration" u.s.w. fehlen hier.³⁾

Als bloße gegenseitige Übereinstimmung (mutual assent) entfaltet ein "agreement" für sich auch keine Wirkung. Es kann lediglich im Zusammenhang mit den anderen Wirksamkeitserfordernissen zu einem "contract" erstarken und so Verbindlichkeiten begründen.⁴⁾

Dennoch läßt sich aus der Wortwahl nicht entnehmen, daß etwa eine Vereinbarung geringerer Qualität für eine Partnership als ausreichend erachtet wird. Aus der weiteren Argumentation läßt sich in nahezu jedem Fall erschließen, daß ein "contract" im Rechtssinne gemeint ist. So stellt zum Beispiel die Entscheidung Grissum v. Reesman das Vorhandensein der erforderlichen "consideration" ausdrücklich fest.⁵⁾ Auch Barrett and Seago bezeichnen den Partnership-Vertrag als ganz normalen "contract" mit all seinen Erfordernissen und stellen "agreement" lediglich als im Sprachgebrauch übliches Synonym vor.⁶⁾

II. Die Geschäftsfähigkeit

Unter "competency" oder "legal capacity" versteht man die Fähigkeit einer

1) z.B. Garner v. Garner, 358 A 2d 583 (1976); Grissum v. Reesman, 505 SW 2d 81 (1974); Barrett and Seago, S. 296

2) Corbin on Contracts, § 9, S. 20

3) Vgl. auch Black's Law Dictionary, Stichworte "agreement" und "contract"

4) Corbin on Contracts, § 9, S. 20

5) 505 SW 2d 81, 88 (1974)

6) S. 294 und 296

Person, einen Vertrag eingehen zu können.

Ähnlich wie im deutschen Recht bestehen Beschränkungen für Minderjährige sowie für Geisteskranke.

Minderjährige können ohne weiteres Mitglieder einer Partnership sein; der Vertrag mit ihnen ist lediglich vernichtbar.¹⁾ Dagegen trifft den Minderjährigen nicht die persönliche Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten, eine Rechtsfolge, die von einigen Gerichten als ungerecht angesehen wurde. Man versuchte daher zu verhindern, daß sich Minderjährige diesen Vorteil zunutze machen.²⁾ So wird zum Beispiel bei einer Überschuldung der Gesellschaft dem Minderjährigen die Einlage nicht erstattet. Auf diese Weise besteht eine mittelbare Haftung im Außenverhältnis, während im Innenverhältnis grundsätzlich eine Rückabwicklung der Rechtsbeziehungen stattfindet.³⁾

Bei Geisteskranken hängt die Frage der Nichtigkeit bzw. Vernichtbarkeit des Partnership-Vertrages davon ab, ob der Kranke entmündigt ist und für ihn bereits ein Vormund bestellt wurde.⁴⁾ Ist die Gesellschaft bereits in Vollzug gesetzt, so bedeutet die Geisteskrankheit eines Partners nicht notwendig einen Auflösungsgrund. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Krankheit hoffnungslos unheilbar ist.⁵⁾

Nach UPA § 2, der unter "persons" auch eine Partnership versteht, kann Mitglied einer Partnership auch eine andere Partnership sein. Gerade im Bau-sektor sind solche Zusammenschlüsse durchaus häufig.⁶⁾

Schwierigkeiten kann es aber geben, wenn sich Corporations an Partnerships beteiligen wollen. Nach UPA § 2 sind zwar auch diese als Mitglieder nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Nach der im Corporation-Recht geltenden ultra-vires-Theorie ist eine Mitgliedschaft aber nur dann möglich, wenn dies in der Satzung der Corporation oder nach dem Recht des jeweiligen US-Bundesstaates vorgesehen ist.⁷⁾ Mit Ausnahme von Banken, Versicherungen und Finanzierungsinsti-

1) Barrett and Seago, S. 299 f.; Sugarman, S. 28 ff.; Wyatt, S. 513 f.

2) Barrett and Seago, S. 301

3) Dazu de Wied, S. 11 und 16 f.

4) Barrett and Seago, S. 304

5) Sugarman, S. 32; Wyatt, S. 514

6) Barrett and Seago, S. 308

7) Barrett and Seago, S. 309; Sugarman, S. 33; Crane and Bromberg, S. 52; Wyatt, S. 514

tuten, denen eine Beteiligung außerhalb ihres speziellen Unternehmenszwecks grundsätzlich nicht möglich ist¹⁾, geht die Tendenz jedoch dahin, Corporations die Beteiligung an einer Partnership zu erlauben.²⁾

III. Die Rechtmäßigkeit des Gesellschaftszwecks

Ebenso wie andere Verträge muß auch die Partnership auf einen legalen Zweck gerichtet sein.

Streng genommen gehört dies allerdings nicht zu den engeren Entstehungsvoraussetzungen der Partnership.³⁾

Vielmehr ist das Element der "legality" von den Entwurfsverfassern des UPA bewußt aus der Definition weggelassen worden. Indem man "illegality" in UPA § 31 Abs. 3 zum Auflösungsgrund machte, wollte man die Entstehung einer Partnership nicht von vornherein blockieren, sondern sich die Möglichkeit flexibler Lösungen offenhalten.⁴⁾

Die Gründe, aus denen heraus eine Partnership "illegal" sein kann, sind in ihrer Natur sehr verschiedenartig. Sie reichen von einem Verstoß gegen Strafgesetze oder die guten Sitten bis hin zu der Tatsache, daß einem Partner eine erforderliche Lizenz (etwa für den Alkoholhandel) fehlt.⁵⁾

Aufgrund der Besonderheit des Gesellschaftsverhältnisses ergeben sich zum Vertragsrecht Modifikationen im Hinblick auf die Rechtsfolgen der "illegality". Man wird der Tatsache, daß sich unabhängig von Vertragsmängeln ein sozialer Organismus gebildet hat, nicht gerecht, wenn aus dem Vertragsrecht unbesehen die Ansicht übernommen wird, in Fällen der "illegality" entstehe keine Partnership.⁶⁾

Eine solche Auffassung würde vor allem nicht in angemessener Weise die

1) Barrett and Seago, S. 310

2) Crane and Bromberg, S. 55

3) Crane and Bromberg, S. 103

4) Commissioners' Note to UPA § 6,7, Uniform Laws Annotated, S. 12

5) Weitere Beispiele bei Crane and Bromberg, S. 99 f.

6) Crane and Bromberg, S. 98 f.

Interessen der Gesellschaftsgläubiger berücksichtigen. Ein Vertrag, den ein Dritter in Unkenntnis des illegalen Gesellschaftszwecks mit der Gesellschaft schließt, wird daher als durchsetzbar angesehen.¹⁾

Umgekehrt sind Verträge der Gesellschafter untereinander und mit Dritten von seiten der Gesellschaft bzw. des Gesellschafters nicht durchsetzbar.²⁾ Ebenso wird den Gesellschaftern die Klage auf Rechnungslegung versagt, die Grundlage für eine Auseinandersetzung "in equity" ist. Ein berühmtes und immer wieder zitiertes Beispiel ist der "Highwaymen's Case"³⁾: Kläger und Beklagter betrieben geschäftsmäßig Straßenraub. Anlässlich einer Meinungsverschiedenheit über die Verteilung des "Geschäftsgewinns" erhob der eine gegen den anderen Klage auf Rechnungslegung mit der Begründung, es bestehe eine Partnership. Im Verlauf des Prozesses kam dann die wahre Natur des Unternehmens ans Licht. In diesem Augenblick reagierte das Gericht schnell und hart: Kläger und Beklagter wurden gehängt.

Die in diesem Fall anschaulich praktizierte "hands-off-doctrine" führte in dessen in manchen Fällen zu ungerechten Ergebnissen.⁴⁾ Die Gerichte bemühten sich daher, den Bereich der "illegality" personell, zeitlich oder sachlich zu begrenzen und die anderen Rechtsgeschäfte davon zu trennen.⁵⁾

Läßt sich derartiges durchführen, bleiben die übrigen Verträge wirksam; anderenfalls ist das gesamte Rechtsgeschäft nicht durchsetzbar.

Ähnlich verfährt das deutsche Recht. Auch hier werden nach der in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Auffassung die Anfechtungs- oder Nichtigkeitsfolgen mangelnder Geschäftsfähigkeit, Sittenwidrigkeit oder Täuschung und Drohung durch das Institut der "fehlerhaften Gesellschaft" zum Zwecke einer praktikablen Abwicklung der Gesellschaft durchbrochen.⁶⁾

1) Crane and Bromberg, S. 103

2) Crane and Bromberg, S. 99; Sugarman, S. 27

3) Everet v. Williams (ca. 1725); der Fall wird nicht gesondert berichtet, weshalb gelegentlich an seiner Existenz gezweifelt wird (Barrett and Seago, S. 293); auf ihn wird jedoch in dem Fall Ashhurst v. Mason, 20 L.R. Eq. 230 (1875) Bezug genommen.

4) Crane and Bromberg, S. 101

5) Sugarman, S. 26

6) Siehe oben S. 27 f. und unten S. 102 ff.

IV. Die "consideration"

Das bedeutendste aus dem allgemeinen Vertragsrecht übernommene Erfordernis ist die "consideration", für die es im deutschen Recht keine Entsprechung gibt. Trotz vielfacher Kritik¹⁾ ist sie im amerikanischen Recht immer noch zu beachten.

Dieses Element ist, auch was seine spezielle Ausformung im Recht der Partnership angeht, Gegenstand einer Flut von Entscheidungen und Äußerungen in der Literatur. Hier sollen nur die tragenden Grundsätze referiert werden.

Um einen Vertrag, der nicht der Form des "contract under seal" (gesiegelter Vertrag)²⁾ entspricht, klagbar zu machen, bedarf es der "consideration". Man kann sie als eine Art Gegenleistung oder Gegenversprechen verstehen, indem der Versprechensempfänger seinerseits eine Leistung erbringt oder einen Nachteil auf sich nimmt. Grundlegend ist die Begriffsbestimmung aus der Entscheidung *Currie v. Misa*³⁾: "A valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other."

Diese in einigen Fällen bis hin zu unerträglichen Ergebnissen⁴⁾ durchgeführte Lehre ist im Laufe der Zeit nach und nach abgemildert worden. Es ist zum Beispiel nicht erforderlich, daß die Consideration der Hauptleistung auch nur annähernd wirtschaftlich gleichwertig ist.⁵⁾ Unter Zugrundelegung der sogenannten "peppercorn-theory"⁶⁾ kommt man sogar fast zu dem Ergebnis, wirtschaftlich wertlose Gegenopfer⁷⁾ als "sufficient consideration" zu betrachten. Das *Restatement of the Law of Contracts*⁸⁾ geht in § 90 noch einen Schritt weiter: Ein formloses unentgeltliches Versprechen ist sogar dann klagbar, wenn der Ver-

1) Siehe hierzu den Überblick bei Becker, S. 18 f., und Battes, S. 50 ff.

2) Diese Form ist ohnehin in einer Reihe von Staaten abgeschafft; vgl. Parker, S. 129

3) L.R. 10 Ex. 153, 162 (1875)

4) Beispiele bei Zweigert, a.a.O., S. 350 f.

5) "Consideration need not be adequate."; vgl. *Restatement*, Vol. I, § 81; Hay, S. 55

6) So der Titel der Note in: *Columbia Law Review* 35, S. 1090

7) Zu diesem Begriff Becker, S. 9

8) Vol. I (1932)

sprechensempfänger erkennbar im Vertrauen darauf seine Lage endgültig und erheblich geändert hat.¹⁾

Die Rechtsentwicklung deutet darauf hin, daß die Consideration im neueren Recht mehr als "Seriositätsindiz"²⁾ für das Leistungsversprechen denn als echte Gegenleistung zu verstehen ist.³⁾

Diese Kriterien werden auch beim Partnership-Vertrag durchweg zugrundegelegt.

Eine Partnership ist ausschließlich auf Gewinnerzielung ausgelegt, und man könnte daher geneigt sein, dem Element des Kapitaleinsatzes besondere Bedeutung beizumessen. Dennoch ist es nach einhelliger Meinung für das Zustandekommen einer Partnership nicht erforderlich, daß jede der Vertragsparteien als Consideration eine bestimmte Kapitaleinlage erbringt. Es reicht vielmehr auch aus, wenn eine der Parteien das erforderliche Kapital einbringt und die andere ihr Wissen und ihre Arbeitskraft einsetzt.⁴⁾ Schon hieran zeigt sich, daß eine gleichwertige Gegenleistung als Consideration nicht erforderlich ist.⁵⁾

In Rechtsprechung und Literatur nähert man sich aber noch viel weiter einem Punkt, an dem man von einer wirtschaftlich wertlosen Consideration und damit von der Aufgabe des Erfordernisses sprechen muß. Als gültige Consideration wird nämlich auch angesehen, wenn eine Partei an dem Betrieb des Unternehmens teilnimmt und damit die Haftung für Verluste trägt.⁶⁾ Ist dieser Partner ohnehin insolvent, so bedeutet die Haftungsübernahme für ihn wirtschaftlich kein "detriment" im Sinne der Consideration-Lehre. Die Grenze wird man in solchen Fällen dort ziehen müssen, wo den Vertragsparteien die Insolvenz des Haftungsübernehmers bekannt war und sie daher selbst nicht davon ausgingen, daß die Consideration irgendeinen Wert verkörpere.⁷⁾

Der Kenntnis und dem Willen der Vertragsparteien kommt daher eine entscheidende Bedeutung zu. Dies zeigt sich im Rahmen der Partnership auch daran,

1) Ein Beispiel hierfür findet sich bei Bruch, a.a.O., S. 109 f.

2) So Zweigert, a.a.O., S. 349 ff.

3) Battes, S. 52

4) Cyrus v. Cyrus, 64 NW 2d 538, 542 (1954)

5) Mechem, S. 57

6) Barrett and Seago, S. 296; Cutler v. Bowen, 543 P 2d 1349 (1975)

7) Vgl. Battes, S. 47

daß die Zahlung eines sogenannten "Eintrittsgeldes" für die Aufnahme in eine Partnership nicht als gültige Consideration angesehen wird. Das Eintrittsgeld gelange nicht wie eine Einlage in das Vermögen der Partnership, sondern sei von den Beteiligten als Prämie für die aufnehmenden Partner gedacht.¹⁾

Trotz aller Einschränkungen ist auch zur Wirksamkeit eines Partnership-Vertrages eine Consideration als unabdingbar anzusehen.²⁾ Dies bedeutet allerdings nicht, daß die Consideration ihrerseits als Bestimmungskriterium für die Existenz einer Partnership herangezogen werden kann.

Der Feststellung des Vertragsschlusses kommt - im amerikanischen wie im deutschen Recht - lediglich eine Bedeutung als Abgrenzungskriterium gegenüber bloßen Rechtsgemeinschaften zu, wie sie etwa in Form der "tenancy in common" oder der "joint tenancy" existieren.³⁾ Solche Miteigentümergeinschaften kommen nämlich nicht selten unfreiwillig zustande, etwa durch Erbgang oder auch durch Einzelrechtsnachfolge in Form der Abtretung. Kennzeichnend für die Partnership ist dagegen die durch den Vertragsschluß dokumentierte Freiwilligkeit ihrer Gründung.⁴⁾

Ob das festgestellte Vertragsverhältnis allerdings als Partnership, Dienstverhältnis, Agency, Darlehensvertrag oder ähnliches zu qualifizieren ist, ergibt sich erst aus einer Untersuchung der Art der Consideration⁵⁾ oder besser aus der Art und dem Zusammenwirken zwischen der Consideration und den dafür eingehandelten Rechten und Vorteilen.

1) Vgl. Barrett and Seago, S. 297

2) Barrett and Seago, S. 297

3) Sugarman, S. 23

4) Sugarman, S. 23 f.

5) Vgl. Cutler v. Bowen, 543 P 2d 1349 (1975)

Teil III

Objektive Kriterien für die Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses

Wenn Vertragsparteien entsprechend der Definition der Partnership in UPA § 6 Abs. 1 ausdrücklich vereinbaren, ihr Vermögen und ihre Arbeit zusammenzufassen, um als Miteigentümer ein Geschäft auf Gewinn zu betreiben und Gewinne und Verluste in einem bestimmten Verhältnis zu teilen, bestehen keine Schwierigkeiten, dies als Partnership zu qualifizieren. In den kritischen Fällen jedoch bedienen sich die beteiligten Personen nicht derartig eindeutiger Formulierungen; darüber hinaus kommt es oft vor, daß überhaupt keine ausdrückliche Vereinbarung im Hinblick auf die Gründung eines Unternehmens getroffen wird.

In diesen Fällen bedient sich die Rechtsprechung einer Reihe sogenannter "tests", um der Natur des Rechtsverhältnisses auf den Grund zu gehen.

Wenn hier der Begriff "test" verwendet wird, so darf dies nicht dahingehend mißverstanden werden, als handle es sich um eine Methode der Tatsachenfeststellung oder um ein Beweismittel. Vielmehr bedeutet "test" nichts anderes als ein Kriterium¹⁾, das auf eine bestimmte Qualifizierung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien hindeutet. Bei einer scharfen Trennung zwischen Tatsachenfeststellung und rechtlicher Würdigung sind die Tests also als Hilfsmittel für das letztere anzusehen.

Die Verwendung derartiger Tests zeigt schon, daß im amerikanischen Recht versucht wird, anhand von typischen Erscheinungsmerkmalen den Wesenskern der Partnership zu identifizieren, und bildet damit den Gegensatz zu einer Subsumtion unter einen Rechtsbegriff der Personengesellschaft.²⁾ Mit der Orientierung an äußerlichen Merkmalen ist gleichzeitig eine Entwertung des Vertragswillens der Parteien verbunden, was sich insbesondere an dem Element der "intention" noch zeigen wird.

UPA § 7 lautet im Einleitungssatz: "In determining whether a partnership exists, these rules shall apply: ... ". Es folgt dann unter mehreren Ziffern und

1) Black's Law Dictionary, Stichwort "test"

2) Vgl. H.P. Westermann, S. 12 und 59

Buchstaben eine Reihe von Regeln, die meist eine Negativabgrenzung darstellen. Angesichts der Tatsache, daß die dort vorgestellten Regeln im wesentlichen der vorher schon geltenden Common-Law-Rechtsprechung entsprechen, erscheint es zweifelhaft, ob sie erschöpfenden Charakter haben. Sie sollen wohl mehr generelle Hilfen für die Feststellung eines Partnership-Verhältnisses sein.¹⁾

Darüber hinaus ist nach allgemeiner Auffassung kein Test für sich allein schlüssig, sondern jeder Fall muß nach seinen speziellen Gegebenheiten unter Anwendung mehrerer Tests entschieden werden.²⁾

Bei der Gewichtung der Tests wird schließlich auch danach unterschieden, ob überwiegend das Innenverhältnis unter den Gesellschaftern oder das Außenverhältnis zu Dritten betroffen ist.³⁾

A. Der Zusammenhang zwischen den Tests und den Definitionselementen der Partnership

I. Vorstellung verschiedener Definitionen

In Rechtsprechung, Literatur und auch in der Gesetzgebung hat es bis jetzt eine Unzahl von Definitionen der Partnership gegeben.⁴⁾ Dabei stellen alle Definitionen erklärtermaßen nur Versuche dar, das Wesen der Partnership einzugrenzen.⁵⁾

Die Unmöglichkeit, eine umfassende Begriffsbestimmung zu geben, liegt zum einen darin begründet, daß es kein festgefügtes Bild der typischen Partnership gibt⁶⁾, da im Rahmen der Vertragsfreiheit viel Gestaltungsspielraum verbleibt. Zum anderen haben die Definitionen sich im Laufe der Rechtsentwicklung stark gewandelt oder zumindest ihren Schwerpunkt verlagert.⁷⁾ Offenbar haben darüber hinaus bei einer Reihe von Definitionen die konkreten Gegebenheiten des Ein-

1) 59 AmJur 2d, § 39

2) Sugarman, S. 48; 59 AmJur 2d, § 39

3) Crane and Bromberg, S. 37; dazu ausführlicher S. 68 f., 97 ff.

4) Eine Aufzählung findet sich bei Crane and Bromberg, S. 33

5) Vgl. Sugarman, S. 3

6) Crane and Bromberg, S. 34; Mechem, S. 2

7) Barrett and Seago, S. 19

zelfalls im Vordergrund gestanden¹⁾, so daß sie sich für eine Verallgemeinerung nicht eignen. Viele Definitionen sind im Übrigen auch insofern nicht genau, als sie Voraussetzungen und Rechtsfolgen vermengen und nicht nur die Erfordernisse für das Entstehen einer Partnership, sondern auch das Erscheinungsbild der entstandenen Partnership beschreiben.²⁾

Trotz dieser großen Anzahl an Definitionsvarianten kann man feststellen, daß die wesentlichen Voraussetzungen einer Partnership überall auftauchen oder zumindest angedeutet werden. Dies betrifft auch das Vertragserfordernis³⁾, von dem im Teil II schon die Rede war.

Weitgehend akzeptiert wird die Definition aus UPA § 6, und zwar auch in den US-Bundesstaaten, in denen der UPA nicht gilt.⁴⁾ Diese Definition beschreibt die bestimmenden Merkmale der Partnership nur ganz allgemein: "A partnership is an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit." Von den Entwurfsverfassern des UPA ist dabei vorausgesetzt worden, daß es eine präzise Definition nicht gibt⁵⁾; es sollte daher nur ein allgemeiner Rahmen abgesteckt werden, in dem die Rechtsprechung das Recht der Partnership fortbilden sollte.⁶⁾ Darüber hinaus wurden bestimmte Elemente, die zu unerwünschten Ergebnissen geführt hätten, bewußt fortgelassen. So wurde die Rechtmäßigkeit des Unternehmenszwecks (legality) nicht zur Voraussetzung für eine Partnership erhoben, sondern als Auflösungsgrund statuiert.⁷⁾ Die Gründe dafür, den Begriff "contract" nicht zu verwenden, sind bereits oben⁸⁾ angeführt worden.

Obwohl der UPA in nahezu allen amerikanischen Bundesstaaten geltendes

1) Rowley, S. 38; vgl. auch Barrett and Seago, S. 21 ff., die den Wert einer Definition ohnehin nur darin sehen, konkrete Kriterien zu erhalten, um das Bestehen oder Nichtbestehen einer Partnership festzustellen.

2) z.B. wird in Rothrock v. Naylor, 28 SE 2d 572 (1944) das Merkmal der gegenseitigen Agency in die Definition einbezogen, obwohl dies zu den Rechtsfolgen gehört. Auch Crane, S. 23, trennt im Unterschied zu Crane and Bromberg, S. 31 f., nicht eindeutig zwischen den verschiedenen Ebenen.

3) Sugarman, S. 4

4) 59 AmJur 2d, § 4

5) 59 AmJur 2d, § 4

6) 59 AmJur 2d, § 39

7) Commissioners' Note to UPA § 6,7, Uniform Laws Annotated, S. 12

8) S. 21

Recht ist und damit die Definition aus UPA § 6 als verbindlich angesehen werden müßte, stützen sich Entscheidungen häufig auf Definitionen, die dem vor-konstitutionellen Common Law entstammen.¹⁾

Diese Praxis - oder auch Unsitte²⁾ - beruht auf dem andersartigen Verhältnis von Gesetzesrecht und Richterrecht im anglo-amerikanischen Rechtskreis. Danach kann zwar das Gesetzesrecht eine bisher geübte Rechtspraxis abändern. Verbindlich wird dieses Gesetzesrecht jedoch nicht aus sich selbst, sondern in der Form, wie es durch die Rechtsprechung in Präzedenzentscheidungen ausgelegt wird.³⁾ Dies schafft der Rechtsprechung naturgemäß einen weiten Raum, um unerwünschte gesetzliche Regelungen zu unterlaufen.⁴⁾

Bei den Gerichten besonders gebräuchlich ist die Definition von Chancellor Kent⁵⁾: "Partnership is a contract of two or more competent persons, to place their money, effects, labor, and skill, or some or all of them, in lawful commerce or business, and to divide the profit and bear the loss, in certain proportions."⁶⁾

Eher als bei der UPA-Definition läßt sich bei Kent wie auch bei anderen Definitionen aus dem Common Law das Bemühen feststellen, handgreifliche Kriterien für die Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses zu finden.

Hieraus läßt sich jedoch nicht entnehmen, daß unter Zugrundelegung der gesetzlichen Definition wesentlich andere Maßstäbe gesetzt oder andere Ergebnisse erzielt werden.⁷⁾ Vielmehr werden aus der weiten Begriffsbestimmung des UPA § 6 im wesentlichen die gleichen konkreten Kriterien abgeleitet.⁸⁾

So enthält der Begriff "association" nicht nur einen Hinweis darauf, daß der Partnership eine vertragliche Beziehung zugrundeliegt.⁹⁾ Weitergehend wird daraus der konkrete Test der "intention" gewonnen, die bei den Vertragsparteien vorhanden sein muß.¹⁰⁾

1) Crane and Bromberg, S. 34 f.

2) Vgl. Crane and Bromberg, S. 35

3) Blumenwitz, S. 46

4) Einen weiteren Grund für den Rückgriff auf das Common Law nennen Crane and Bromberg, S. 35

5) 59 AmJur 2d, § 5

6) Kent's Commentaries, Vol. III, S. 19

7) Vgl. Crane and Bromberg, S. 35

8) So besonders deutlich Crane and Bromberg, S. 31

9) Vgl. Wyatt, S. 513

10) Crane and Bromberg, S. 39

Eigentlich deutet der Begriff "association" schon darauf hin, daß sich zwei oder mehr Personen zusammenfinden müssen. Wenn die UPA-Definition "two or more persons" noch gesondert erwähnt, so deshalb, um einer Einengung des Begriffs auf natürliche Personen vorzubeugen. Dieser Teil der Definition ist zu verstehen als Hinweis auf UPA § 2, wonach unter "persons" Individuen, Partnerships, Corporations und auch andere Vereinigungen zu verstehen sind.¹⁾ Dieser Definitionsteil dient also eher der Erläuterung ihres Anwendungsbereichs als der Gewinnung bestimmender Kriterien.

Da der Begriff des "business" in UPA § 2 sehr weit als "every trade, occupation, or profession" benannt wird und die Commissioners sich in ihrer Erläuterung noch unbestimmter äußern²⁾, kommt auch diesem Begriff kaum eine ausschlaggebende Bedeutung zu.³⁾ Soweit dies ersichtlich ist, dient er vornehmlich dazu, die auf eine Mehrzahl von Unternehmungen ausgelegte Partnership von dem "joint venture" zu unterscheiden, das sich nur auf ein bestimmtes Vorhaben beschränkt.⁴⁾

Da die Partnership fest im Wirtschaftsleben verwurzelt ist, wäre sie ohne eine Profitorientierung nicht denkbar.⁵⁾ Ebenso wie in UPA § 6 wird dieses Element daher in fast allen Definitionen besonders hervorgehoben. Die Profitorientierung hebt die Partnership von allen Organisationsformen ab, die gesellschaftsähnlich strukturiert sind und zum Beispiel nach deutschem Recht als BGB-Gesellschaften anzusehen wären, deren Betätigungsfeld aber nicht im gewerblichen Bereich liegt. Erforderlich ist allerdings nur, daß die Partnership auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist; es ist nicht entscheidend, ob sie auch tatsächlich profitabel arbeitet.⁶⁾

Das Element der "co-ownership" aus der UPA-Definition muß man als das wichtigste ansehen, weil sich mit diesem Begriff die beiden wichtigsten Tests verbinden. Es kommt hierbei nicht vorrangig darauf an, daß die Vertragspartner

1) Commissioners' Note to UPA § 6, Uniform Laws Annotated, S. 11 mit dem Hinweis darauf, daß die Beteiligung einer Corporation an einer Partnership "ultra vires" sein kann

2) "A business is a series of acts directed toward an end." Commissioners' Note to UPA § 6, Uniform Laws Annotated, S. 12

3) Vgl. Crane and Bromberg, S. 57

4) Vgl. Wyatt, S. 514; Crane and Bromberg, S. 58

5) Vgl. Commissioners' Note to UPA § 6, Uniform Laws Annotated, S. 12

6) Crane and Bromberg, S. 65; nach UPA § 32 Abs. 1 Buchst. e) sind ständige Verluste ein Auflösungsgrund

am Vermögen der Partnership beteiligt sind, sondern daß sie "co-owners" im Hinblick auf das "business" werden.¹⁾ Es wird daher auch weniger irreführend von der "community of interest" gesprochen.²⁾

Aber auch der Begriff der "co-ownership" bzw. "community of interest" ist für die Rechtsanwendung in aller Regel noch zu abstrakt, um als Kriterium zur Feststellung einer Partnership Verwendung finden zu können. Typischerweise bezieht sich die Interessengemeinschaft der Gesellschafter auf zwei Elemente: Die "co-ownership" bei der Geschäftsführung spricht die Gleichberechtigung unter den Gesellschaftern an und macht die Kontroll- und Mitverwaltungsbefugnisse als Test nutzbar. "To state that partners are co-owners of a business is to state that they each have the power of ultimate control."³⁾ Vor allem aber ist für das amerikanische Recht eine Gesellschafterstellung in einem gewerblichen Unternehmen ohne das Interesse am Geschäftsergebnis in Form der Gewinnbeteiligung undenkbar, so daß "profit sharing" als Test eine herausragende Stellung unter den einzelnen Bestimmungskriterien einnimmt.⁴⁾

Obwohl sowohl in der Rechtsprechung als auch in den kommentierten Fallsammlungen von einer Definition der Partnership als abstrakter Beurteilungsgrundlage ausgegangen wird, besteht die Bedeutung der Definitionen eher umgekehrt in einer Zusammenfassung und Rechtfertigung der gewohnheitsrechtlich entwickelten Tests. Die konkreten Kriterien werden in der Praxis nicht aus den Definitionselementen abgeleitet; vielmehr stellen die verschiedenen Begriffsbestimmungen den Versuch dar, die aus einer Vielzahl von Einzelfällen entwickelten und modifizierten Tests in einen inneren Zusammenhang zu bringen und gleichzeitig in einer Art Lehrsatz die wesentlichen Elemente der Partnership herauszustellen.

II. Die steuerrechtliche Definition der Partnership

Während im allgemeinen über die Definition der Partnership und speziell

1) Commissioners' Note to UPA § 6, Uniform Laws Annotated, S. 12

2) Crane and Bromberg, S. 65

3) Commissioners' Note to UPA § 6, Uniform Laws Annotated, S. 12

4) Crane and Bromberg, S. 66 mit einer Rechtsprechungsübersicht über die Fälle, in denen wegen fehlender Gewinnbeteiligung eine Partnership nicht festgestellt wurde (Fn. 97)

über den Katalog der anwendbaren Tests keine größeren Differenzen bestehen, scheint zweifelhaft zu sein, ob die bisher besprochenen Definitionen nur für den gesellschaftsrechtlichen Bereich gültig sind oder auch für andere Rechtsgebiete übernommen werden.

Sugarman ist der Auffassung, daß im Steuerrecht Gebilde als Partnerships angesehen werden, die es nach Zivilrecht nicht sind und umgekehrt.¹⁾ Auch in den Leitsätzen der steuerrechtlichen Entscheidung *Commissioner of Internal Revenue (C.I.R.) v. Tower*²⁾ wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß eine nach dem Zivilrecht des betreffenden Bundesstaates als gültig angesehene Ehegatten-Partnership nicht notwendig auch vom US Tax Court als solche anerkannt werden muß. Vielmehr müßten für die steuerrechtliche Anerkennung einer Partnership entweder originäres Kapital oder "vital additional services" erbracht werden.³⁾

Für steuerliche Zwecke wird die Partnership nunmehr gesetzlich wie folgt definiert: "For purposes of this subtitle, the term 'partnership' includes a syndicate, group, pool, joint venture, or other unincorporated organization through or by means of which any business, financial operation, or venture is carried on, and which is not, within the meaning of this title, a corporation or a trust or estate."⁴⁾ An dieser Definition fällt auf, daß sie nicht nur weiter ist als die Legaldefinition des UPA § 6, sondern noch mehr auf das äußere Erscheinungsbild abstellt. Ein vertragliches Element und die Willenserklärungen der Parteien spielen demnach für Steuerzwecke keine Rolle.

Diese sehr abweichende Definition rechtfertigt es, steuerrechtliche Fälle bei der Behandlung der einzelnen Kriterien auszuklammern. Vielmehr wird die steuerrechtliche Konzeption der Partnership an dem Beispiel der Familiengesellschaft gesondert in Teil VI behandelt.

1) Sugarman, S. 8 f.; Barrett and Seago, S. 14 f., gehen sogar noch weiter und sprechen von einer wachsenden Divergenz zwischen Steuerrecht und Gesellschaftsrecht.

2) 327 US 280, 281 (1946)

3) a.a.O., S. 290

4) Internal Revenue Code 1954 § 761 (a), United States Code Annotated, Title 26

III. Ansätze zur Definition der Gesellschaft im deutschen Recht

Es ist bereits dargestellt worden, daß es für die Partnership keine korrespondierende Gesellschaftsform im deutschen Recht gibt. Dieser Bereich gesellschaftlicher Organisation wird vielmehr durch die BGB-Gesellschaft und die Offene Handelsgesellschaft abgedeckt. In einer Zusammenschau dieser beiden deutschen Gesellschaftsformen müssen daher die korrespondierenden Definitionsmerkmale herausgearbeitet werden.

Naturgemäß gibt es auch im deutschen Recht eine Vielzahl von Definitionen der BGB-Gesellschaft, die jedoch nur in Nuancen voneinander abweichen. Allgemein läßt sich für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und auch für die Gesellschaft im weiteren Sinne¹⁾ folgende Begriffsbestimmung geben: (BGB-) Gesellschaft ist eine vertraglich begründete Vereinigung mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen Förderung eines gemeinsamen Zwecks.²⁾

Dabei dient die Definition vorrangig zur negativen Ausgrenzung benachbarter Rechtsinstitute.

Das Merkmal des Personenzusammenschlusses soll die Gesellschaft von reinen Vermögensmassen trennen, so daß das Institut der Stiftung ausscheidet.³⁾

Die vertragliche Begründung des Gesellschaftsverhältnisses stellt zweierlei klar: Zum einen gehört die Gesellschaft dem Privatrecht an. Zusammenschlüsse auf öffentlich-rechtlicher Basis wie etwa kommunale Zweckverbände sind nicht nach Gesellschaftsrecht zu beurteilen.⁴⁾ Zum anderen sind alle Privatrechtsgemeinschaften ausgeschlossen, die auch unfreiwillig zustandekommen können⁵⁾, wie etwa die Erbengemeinschaft aufgrund Erbanges.

Die gemeinschaftliche Förderung⁶⁾ eines gemeinsamen Zwecks als wichtigstes Element⁷⁾ grenzt schließlich die Gesellschaft endgültig gegenüber den reinen Rechtsgemeinschaften ab, die ebenfalls vertraglich begründet werden können.

1) Vgl. Hueck, oHG, S. 1; Westermann, Handbuch I, Rdn. 1

2) Vgl. Staudinger-Keßler, § 705 Rdn. 1; Westermann, Handbuch I, Rdn. 2 - 10

3) Westermann, Handbuch I, Rdn. 2

4) Westermann, Handbuch I, Rdn. 7

5) Westermann, Handbuch I, Rdn. 5

6) Zu diesem Erfordernis Westermann, Handbuch I, Rdn. 10

7) Ballerstedt, a.a.O., S. 253

Partiarischen Rechtsverhältnissen, Austauschverträgen¹⁾ mit Ergebnisbeteiligung u.s.w. fehlt es typischerweise an diesem Erfordernis. Zwischen Gesellschaft und Austauschvertrag ist dabei die Abgrenzung im Einzelfall außerordentlich schwierig.²⁾

Der gemeinsame Zweck kann bei der BGB-Gesellschaft sowohl ein ideeller als auch ein erwerbswirtschaftlicher sein.³⁾ Ausgeschlossen ist allerdings der Betrieb eines Handelsgewerbes.

Ist der Gesellschaftszweck zusätzlich auf den Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet, wird aus der BGB-Gesellschaft ohne weiteres eine oHG⁴⁾, die damit auf der Definition der BGB-Gesellschaft aufbaut.

Vergleicht man die obige Definition der Gesellschaft im weiteren Sinne bzw. der BGB-Gesellschaft und der oHG mit der Begriffsbestimmung der Partnership, so läßt sich feststellen, daß das amerikanische Recht schon durch die Definition darauf hinarbeitet, konkrete Kriterien für die Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses zu bieten, während die Definition aus § 705 BGB abstrakt gehalten ist.⁵⁾

Im übrigen wird auch im deutschen Recht bei der Definition nicht immer scharf zwischen Voraussetzungen und Rechtsfolgen unterschieden. So führt Westermann bei der Bestimmung der Voraussetzungen einer oHG an, daß die Gesellschafter den Gläubigern unbeschränkt und unbeschränkbar haften⁶⁾, während dies zu den gesetzlichen Rechtsfolgen der bereits entstandenen oHG gehört.

Schließlich scheint auch das deutsche Steuerrecht aus Sorge vor Umgehungsversuchen eigene Maßstäbe bei der Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses zugrunde zu legen.⁷⁾ Ebenso wie im amerikanischen Recht handelt es sich um den

1) Vgl. Staudinger-Keßler, vor § 705 Rdn. 173; Westermann, Handbuch I, Rdn. 9 und 29

2) Staudinger-Keßler, vor § 705 Rdn. 174

3) Westermann, Handbuch I, Rdn. 27

4) Westermann, Handbuch I, Rdn. 6 und 48

5) Vgl. Ballerstedt, a.a.O., S. 253

6) Handbuch I, Rdn. 48

7) Vgl. Tipke, S. 159 ff.

Problembereich der Gesellschaft zwischen Familienangehörigen, der an anderer Stelle besprochen wird.¹⁾

B. Die Profitorientierung der Partnership

Wie bereits im Zusammenhang mit der Definition der Partnership erkennbar wurde, taucht das Merkmal der Profitorientierung bei der Feststellung einer Partnership an zwei Stellen auf.

Zunächst muß die Partnership als solche auf Gewinnerzielung ausgerichtet sein. In diesem Element liegt der grundlegende Unterschied zwischen der Personengesellschaft des amerikanischen Rechts und den sonstigen Personengemeinschaften, die sich unter dem Oberbegriff der Non-Profit Associations zusammenfassen lassen.

Neben die Gewinnerzielungsabsicht auf der Gesellschaftsebene tritt die Gewinnbeteiligung des einzelnen Gesellschafters. Die Profitorientierung auf dieser zweiten Ebene bildet einen wichtigen, wenn nicht den bedeutendsten Test, um eine Gesellschafterstellung insbesondere im Hinblick auf die Haftung gegenüber Dritten feststellen zu können.

In diesem Abschnitt geht es zunächst um die Gewinnerzielungsabsicht auf der Gesellschaftsebene.

I. Wirtschaftliche Bedeutung des Kriteriums

Ob ein Personenverband auf Gewinn ausgerichtet ist oder nicht, läßt sich allgemein und besonders im Einzelfall schwer beantworten. Obwohl uneigennützige und egoistisch-gewinnorientierte Motive und Verhaltensweisen oft miteinander verschmolzen sind²⁾, soll nicht weniger erreicht werden als eine exakte Abgrenzung zweier Organisationsformen, die sich nach ihren Rechtsfolgen erheblich voneinander unterscheiden.

1) S. 111 ff.

2) Oleck, S. 2

Aus dieser unterschiedlichen rechtlichen Behandlung von Non-Profit Associations einerseits und Partnerships andererseits resultieren auch die typischen Streitfälle. Non-Profit Associations genießen eine Reihe von Privilegien wie zum Beispiel Steuerbefreiungen und Ermäßigungen bzw. Befreiungen bei Gebühren.¹⁾ Diese Vorteile erklären das Bestreben von Personenvereinigungen, schon den Anschein einer Gewinnerzielungsabsicht zu vermeiden.

Jede Organisation tritt jedoch selbstverständlich auch im wirtschaftlichen Verkehr handelnd auf, ob es nun um die Anmietung von Räumen, den Kauf von Büromaterial oder die Einstellung von Angestellten geht. Es stellt sich dann oft die Frage, inwieweit und in welcher Form die Organisation oder ihre Mitglieder für etwaige Verbindlichkeiten haften.²⁾

Während bei einer Partnership die Rechtslage recht klar ist, werden die Haftungsverhältnisse bei Non-Profit Associations geradezu als "nebulös"³⁾ bezeichnet. Welche Fragen auftauchen können, läßt sich an dem bekannten Fall *Wilcox v. Arnold*⁴⁾ anschaulich demonstrieren: Eine Klasse des Tufts College hatte beschlossen, eine Schrift mit dem Titel "The Brown and Blue" herauszugeben. Nur ein Mitschüler, ein gewisser Gifford, war dagegen. Zum "Manager" wurde Arnold bestimmt. Später kam es zum Streit mit dem Drucker, der dann alle Klassenmitglieder verklagte.

Es fragt sich nun: Haftet auch das Klassenmitglied Gifford, obwohl dieser dem Beschluß nicht zugestimmt hatte? Haften die Schüler anteilig oder als Gesamtschuldner?⁵⁾

Diese Fragen werden zum Teil sehr unterschiedlich beantwortet.⁶⁾ Ein Gläubiger einer Personengemeinschaft wird wegen dieser unsicheren Haftungsver-

1) Oleck, S. 2

2) Vgl. Steffen, S. 568

3) Steffen, S. 568

4) 39 NE 414 (1895)

5) Siehe zur Fragestellung Steffen, S. 568

Im konkreten Fall sind diese Fragen nicht eindeutig beantwortet worden. Es scheint jedoch so zu sein, daß die an der Beschlußfassung teilnehmenden Klassenmitglieder persönlich und solidarisch haften: "Where a college class, at a class meeting, votes to publish a class book, the members voting or assenting to the vote are personally liable for the expense, at the suit of one who prints it, under a contract with a member of the class elected 'business manager' of the publication."

6) Vgl. Oleck, S. 42

hältnisse darzutun versuchen, daß sie auf Profit ausgerichtet sei und ihre Mitglieder deshalb als Gesellschafter einer Partnership haften.

II. Die Grenzlinie zwischen Partnership und Non-Profit Association

Die Abgrenzung läßt sich verhältnismäßig leicht treffen, wenn die Tätigkeit der Organisation ausschließlich auf wohltätige, kirchliche oder sonst typischerweise nicht gewinnorientierte Zwecke ausgerichtet ist. Hier trifft ohne weiteres der allgemeine Grundsatz zu, wonach Non-Profit Associations nicht beabsichtigen, geldwerten Gewinn für ihre Mitglieder zu erzeugen.¹⁾

Jede noch so wohltätige Organisation wird jedoch nicht ganz ohne Geschäfte auskommen, die einen Gewinn abwerfen sollen. Man mag an dieser Stelle nur an Lotterien und Basare denken. In dieser Situation kommt es darauf an, was mit den Gewinnen geschieht: Werden sie unter die Mitglieder sozusagen als Dividende verteilt, handelt es sich um eine gewinnorientierte Partnership.²⁾ Dient der Erlös aber als Investition wiederum wohltätigen oder ähnlichen Zwecken, wirkt sich die Gewinnerzielung nicht schädlich aus. Entscheidend ist also, daß die Gewinnerzielung zugunsten der Mitglieder nicht zu den grundlegenden Zielen der Gemeinschaft gehört.³⁾

Gerade unter diesem Gesichtspunkt bereitet die Einordnung von Verbänden große Schwierigkeiten, die durchaus wirtschaftliche Vorteile für ihre Mitglieder erstreben. Zu erwähnen sind hier Berufs- und Wirtschaftsverbände sowie die Gewerkschaften. Der Unterschied zu den erwerbswirtschaftlichen Gesellschaften besteht in diesen Fällen darin, daß diese Verbände nicht unmittelbar Gewinne an ihre Mitglieder verteilen, sondern durch die Verbesserung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen mittelbar finanzielle Vorteile für ihre Mitglieder erstreben.⁴⁾

1) Oleck, S. 1 m.w.N.

2) Associated Hospital Service, Inc., v. City of Milwaukee, 109 NW 2d 271, 280 (1961)

3) Oleck, S. 2

4) Vgl. Crane and Bromberg, S. 64

Vielfach bezeichnen sich Personervereinigungen selbst als "Non-Profit Association", schon um in den Genuß der Steuervorteile zu kommen.¹⁾ Diese Angabe (z.B. in den Statuten) wird gelegentlich als wichtiges Abgrenzungskriterium angesehen.²⁾ Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob eine derartige Kennzeichnung wirklich hilfreich ist. Die "pathologischen" Fälle sind nämlich diejenigen, in denen die Bezeichnung als Non-Profit Association zu Umgehungszwecken eingesetzt wird.

III. Die Gewinnerorientierung als Kriterium im deutschen Recht

Da der Zweck einer Gesellschaft im weiteren Sinne bzw. der BGB-Gesellschaft sowohl erwerbswirtschaftlicher als auch ideeller Natur sein kann, kommt dem Merkmal der Gewinnerzielung in der Theorie keine entscheidende Bedeutung als Abgrenzungskriterium zu. Man kann nicht - wie im amerikanischen Recht - von der fehlenden Gewinnerzielungsabsicht auf eine mangelnde gesellschaftsrechtliche Struktur schließen.

Anders wäre es nur dann, wenn man die Entsprechung der Partnership ausschließlich in der oHG sähe.³⁾ In diesem Fall würde die Gewinnerzielungsabsicht durch die §§ 1 - 4 HGB dahin präzisiert und eingeschränkt, daß es sich um ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe handeln muß. Angesichts der Bandbreite der Erscheinungsformen der Partnership, die über die vollkaufmännischen Handelsgewerbe weit hinausgeht, erscheint jedoch die Einschränkung des Vergleichs auf die oHG nicht sachgerecht.

Für die Rechtspraxis läßt sich nicht leugnen, daß das Merkmal der Gewinnerzielung von herausragender Bedeutung sein kann, weil tatsächlich auch der überwiegende Teil der BGB-Gesellschaften gewinnorientiert ist. Dabei stellt die Gewinnerzielungsabsicht kein selbständiges Kriterium dar, sondern wird im Rahmen der "Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks" geprüft. Die stärkere

1) Vgl. Oleck, S. 5

2) Oleck, S. 3 f.

3) So wohl v. Sinner, S. 10 für das schweizerische Recht und Melcher, S. 64 f.

Ausrichtung des deutschen Rechts auf eine an der Definition der Gesellschaft orientierte Subsumtion ist unverkennbar.

C. Die Gewinnbeteiligung der Partner als wichtigster Test

Im vorigen Abschnitt ging es darum, durch das Indiz der Profitorientierung nicht erwerbswirtschaftliche Vereinigungen auszugrenzen, die nach amerikanischem Recht nicht Personengesellschaften sein können. Bereits diese Abgrenzung hatte sich im Einzelfall als schwierig erwiesen.

Wesentlich häufiger und auch umstrittener sind jedoch die Fälle, in denen es darum geht, ob eine bestimmte Person aufgrund ihrer Beteiligung am Gewinn eines Unternehmens als Gesellschafter anzusehen ist.¹⁾

I. Die wirtschaftliche Bedeutung des "profit sharing"

Die Frage danach, ob der einzelne Vertragspartner am Gewinn beteiligt ist, stellt sich vor allem dann, wenn die Gesellschafterstellung zu Rechtsinstituten abgegrenzt werden soll, die zwar eine Ähnlichkeit zur Position eines Gesellschafters aufweisen, aber nicht von der Beteiligung am Unternehmensergebnis maßgeblich geprägt sind.

Zu denken ist in diesem Zusammenhang an den bedeutenden Einfluß, den leitende Angestellte auf die Führung eines Unternehmens ausüben können. Dieser Einfluß kann so weitgehend sein, daß für Außenstehende die betreffende Person als maßgeblicher Unternehmer erscheint.

Auch das Rechtsinstitut der Agency weist in seinem Erscheinungsbild starke Ähnlichkeiten zu der Tätigkeit eines Gesellschafters in einer Partnership auf. Dies rührt nicht zuletzt daher, daß in einer Partnership als Rechtsfolge eine wechselseitige Agency zwischen den Partnern besteht.

Auch Darlehensgeber, um ein weiteres Beispiel zu nennen, behalten sich als Sicherheit für die Darlehensgewährung oft weitreichende Einflußmöglichkeiten auf ein Unternehmen vor.

1) Vgl. Barrett and Seago, S. 28

In solchen Fällen stellt die Beteiligung am Unternehmensergebnis ein wichtiges Kriterium für die Beantwortung der Frage dar, ob eine bestimmte Person als Mitglied einer Partnership anzusehen ist. Ein völliger Ausschluß der Gewinnbeteiligung ist nämlich mit der Stellung eines Gesellschafters nicht vereinbar.¹⁾

Gewinnbeteiligungen treten allerdings in vielfacher Form und Intensität auf. Die Rechtsprechung versuchte daher schon frühzeitig, die Arten von Gewinnbeteiligungen auszuschließen, die typischerweise nicht mit einer Gesellschaftstellung verbunden sind. Der Problemkreis ist nunmehr durch ein System von Rechtsvermutungen in UPA § 7 Abs. 4 geregelt.

Die dort genannten Fälle markieren auch die am meisten umkämpften Grenzlinien zu anderen Rechtsinstituten. Dabei gehen die typischen Klagesituationen in zwei Richtungen.

Die eine ist die "bekannte Suche nach einem solventen Beklagten"²⁾. Dieser Fall tritt zum Beispiel dann auf, wenn die Rückzahlung eines Darlehens und/oder die Zahlung der Zinsen in einem bestimmten Prozentsatz vom Gewinn erfolgt.³⁾ Da diese Art der Darlehensgewährung besonders bei finanzschwachen Unternehmen stattfindet⁴⁾, vertreten Gläubiger im Fall des Zusammenbruchs des Unternehmens regelmäßig die Auffassung, wegen der Gewinnbeteiligung sei der Geldgeber als Partner anzusehen.

In eine andere Richtung geht das Klageziel, wenn jemand gegen eine Gewinnbeteiligung für ein Unternehmen tätig ist. Bleibt die Zahlung aus, bietet es für ihn Vorteile, wenn er darlegen kann, Gesellschafter einer Partnership zu sein. Ihm steht dann nämlich eine Klage auf Rechnungslegung und danach auf Beteiligung am Gewinn und am Vermögen⁵⁾ der Gesellschaft offen.⁶⁾

1) Crane and Bromberg, S. 66 mit einer Rechtsprechungsübersicht (Fn. 97)

2) Crane and Bromberg, S. 32; vgl. auch S. 66; Barrett and Seago, S. 21

3) Crane and Bromberg, S. 81

4) Crane and Bromberg, S. 81

5) Zur Grenze dieses Anspruchs Crane and Bromberg, S. 84

6) Gelegentlich wird von Arbeitnehmern jedoch auch die Existenz einer Partnership geleugnet, um eine Klage auf Gehalt und "workmen's compensation" zu haben ("workmen's compensation" is a general term applied to statutes providing for compensation for injury, disablement, or death of workmen through industrial accident, casualty, or disease; Kimbrough, S. 589); vgl. Crane and Bromberg, S. 83 Fn. 85

II. Zum Begriff des "profit sharing"

Wenn bislang entsprechend der Handhabung im amerikanischen Recht von "profit sharing" gesprochen wurde, so darf nicht verkannt werden, daß es sich dabei um einen Kurzbegriff handelt, der - insbesondere dazu, was im einzelnen unter "profit" zu verstehen ist - einer kurzen Erläuterung bedarf.

Die gebräuchliche Doktrin geht davon aus, daß nur die Beteiligung am Nettogewinn eine Vermutung für das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses begründe, während eine prozentuale Beteiligung am Umsatz für sich nicht aussagekräftig sei.¹⁾

Die Unterscheidung wird darauf gestützt, daß derjenige, der am Nettogewinn beteiligt sei, sich in einem größeren Umfang dem Schicksal des Unternehmens unterwerfe.²⁾ Unterschiedlich wird in diesem Zusammenhang der UPA ausgelegt, in dessen § 7 Abs. 3 es heißt: "The sharing of gross returns does not of itself establish a partnership, whether or not the persons sharing them have a joint or common right or interest in any property from which the returns are derived." Obwohl sich dies nicht aus dem Wortlaut der Vorschrift entnehmen läßt, wird gelegentlich der Begriff "profit" mit "gross returns" unter Hinweis auf UPA § 7 Abs. 3 gleichgesetzt.³⁾ Die Gegenüberstellung der Abschnitte UPA § 7 Abs. 3 und Abs. 4 zeigt jedoch gerade, daß der Gesetzgeber in der Gewichtung zwischen "profits" und "gross returns" einen Unterschied machen wollte. Während UPA § 7 Abs. 4 ("profits") positiv eine Vermutung für das Bestehen einer Partnership aufstellt, enthält UPA § 7 Abs. 3 ("gross returns") negativ die Regel, daß eine Beteiligung am Umsatz für sich allein keine Partnership begründet.⁴⁾

Uneinigkeit herrscht auch in der Frage, ob und inwieweit gleichzeitig mit der Gewinnbeteiligung eine Teilnahme am Verlust vereinbart werden muß.

Als Ausnahme muß hierbei die Ansicht gewertet werden, eine ausdrückliche Vereinbarung über die Verlustbeteiligung sei grundlegend für eine Partnership.⁵⁾

1) Sugarman, S. 59 und 63; Crane and Bromberg, S. 69 m.w.N.

2) Vgl. Constans v. Ross, 235 P 2d 113 (1951)

3) 59 AmJur 2d, § 48

4) Vgl. Reuschlein/Gregory, S. 252

5) Anderson v. Walker, 131 NW 2d 524 (1964); in diese Richtung tendiert auch 59 AmJur 2d, § 49; vgl. auch Barrett and Seago, S. 31

Andere gehen davon aus, daß die Beteiligung am Verlust stillschweigend (implied-in-fact) mit dem Profit Sharing vereinbart sei.¹⁾

Zutreffend dürfte es sein, die Beteiligung am Verlust und damit die Haftung für Geschäfte des Unternehmens lediglich als Rechtsfolge der entstandenen Partnership zu betrachten.²⁾

Ungeachtet dieser rechtlichen Bewertung läßt eine Vereinbarung über die Beteiligung am Verlust - positiv wie negativ - Rückschlüsse auf die Art der Rechtsbeziehung zu. So stellt die ausdrückliche Beteiligung am Gewinn und Verlust ein äußerst starkes³⁾, wenn nicht gar unwiderlegliches Indiz für ein Gesellschaftsverhältnis dar. Der ausdrückliche Ausschluß der Verlustbeteiligung auf der anderen Seite schließt zwar die Existenz einer Partnership nicht ohne weiteres aus⁴⁾, entkräftet aber weitgehend die Vermutung aus UPA § 7 Abs. 4.

III. Die Bedeutung dieses Kriteriums im geschichtlichen Wandel

Aus der Beschreibung der Rechtsinstitute, zu denen mit Hilfe des Profit Sharing eine Abgrenzung vorgenommen werden soll, wurde bereits deutlich, wie wichtig und wie schwierig im Einzelfall die Behandlung der Gewinnbeteiligung als Kriterium für die Feststellung einer Gesellschafterstellung ist.

Derartige Probleme bestanden allerdings nicht von jeher. In den Entscheidungen *Grace v. Smith*⁵⁾ und *Waugh v. Carver*⁶⁾ reichte schon die Feststellung einer Gewinnbeteiligung aus, um die Haftung als Partner zu begründen.⁷⁾ In *Grace v. Smith* wurde dies auf die Formel gebracht: "Every man who has a share in the profits of the trade ought also to bear his share of the loss."

1) Sugarman, S. 59

2) Justice Blackburn in *Cox v. Hickman*, L.R. 8 HLC 267, 281 (1860); v. Sinner, S. 25; 59 AmJur 2d, § 49 Fn. 15; siehe auch die zitierte Rechtsprechung bei Crane and Bromberg, S. 72 Fn. 37

3) Crane and Bromberg, S. 73

4) Lattin, Jennings, Buxbaum, S. 13; Sugarman, S. 62 (danach wirkt der Ausschluß der Verlustbeteiligung auch nur im Innenverhältnis)

5) 96 E.R. 587 (1775)

6) 126 E.R. 525 (1793)

7) Barrett and Seago, S. 31 f.

Dabei blieb es etwa 100 Jahre lang bis zur Entscheidung *Cox v. Hickman*¹⁾, über die bereits berichtet wurde.²⁾ Mit dieser Entscheidung des House of Lords wurden die Absichten der Parteien in den Mittelpunkt gerückt³⁾ und Profit Sharing als unwiderleglicher Test beseitigt. Angesichts der Tatsache, daß Kapitaleinsatz und Finanzierungen erheblich an Bedeutung gewannen, hatte sich die alte Doktrin von der "partnership as to third persons" als den Bedürfnissen der Wirtschaft nicht mehr angemessen erwiesen.⁴⁾

So versuchte man in England und den USA, die Härte der alten Doktrin durch die Forderung zu umgehen, die Gewinne müßten "as such" geteilt werden.⁵⁾ Diese Formulierung, die mehr als Notbehelf anzusehen und in ihrer Unschärfe auch wenig hilfreich war⁶⁾, findet sich auch noch in Entscheidungen neueren Datums.⁷⁾

Mit der Einführung und weitgehenden Ratifizierung des Uniform Partnership Act hat sich diese Rechtsprechung überlebt. Der Zweck, der der Forderung nach einem Profit Sharing "as such" zugrundelag, nämlich Darlehensgewährung oder Beschäftigung leitender Angestellter auf Gewinnbeteiligungsbasis ohne Haftungsrisiko zu ermöglichen, wird im amerikanischen Recht durch das System der "presumptions" und "non-presumptions" nach UPA § 7 Abs. 4 erfaßt.

IV. Das System der "presumptions" und "non-presumptions" aus UPA § 7 Abs. 4

Die bereits mehrfach zitierte Vorschrift des UPA § 7 Abs. 4 stellt einen entscheidenden Angelpunkt im System der Kriterien zur Feststellung einer Part-

1) L.R. 8 HLC 267 (1860)

2) S. 23; eine Darstellung des Sachverhaltes folgt auf S. 56 f.

3) Barrett and Seago, S. 32

4) Vgl. Crane and Bromberg, S. 67

5) Siehe den Rechtsprechungshinweis bei Crane and Bromberg, S. 67 f.

6) Crane and Bromberg, S. 68; die Unklarheit des Begriffs ergibt sich schon aus der Vielzahl von Synonymen; vgl. *Eastman v. Clark*, 16 Am.Rep. 192 (1872), zitiert in *Sheldon v. Little*, 15 A 2d 574, 576 (1940): "Taking a share of the profit as profit (by A) is taking it as his profit - as the profit of his (flour) business - as the profit of a principal - taking it in the capacity of a principal trader - an owner of the profit - a partner ..."

7) z.B. *Sheldon v. Little*, 15 A 2d 574, 576 (1940) (m.w.N.) in Abgrenzung zur Gewinnbeteiligung als Gehaltersatz; 59 AmJur 2d, § 48 Fn. 6 und 7

nership dar. Die Vorschrift lautet:

"The receipt by a person of a share of the profits of a business is prima facie evidence that he is a partner in the business, but no such inference shall be drawn if such profits were received in payment:

- (a) As a debt by installments or otherwise,
- (b) As wages of an employee or rent to a landlord,
- (c) As an annuity to a widow or representative of a deceased partner,
- (d) As interest on a loan, though the amount of payment vary with the profits of the business,
- (e) As the consideration for the sale of a good-will of a business or other property by installments or otherwise."

Es handelt sich hierbei um die Fälle, in denen trotz Gewinnbeteiligung offensichtlich kein Gesellschaftsverhältnis besteht. Es fällt auf, daß der UPA konkrete Einzelfälle aufzählt und nicht von der durch die Entscheidung *Cox v. Hickman* in den Vordergrund gestellten "intention" bzw. dem "animus societatis" ausgeht.¹⁾ Ebenso wie bereits bei der Definition der Partnership zeigt sich das Bestreben, die Rechtsfrage durch konkrete Analyse des Verhältnisses der Beteiligten zu beantworten.

1. Das Verhältnis der "non-presumptions" zu der Vermutung des Profit Sharing

Darüber hinaus sind die Streitfragen stark auf die prozessuale Handhabung hin orientiert. Es besteht nämlich in Literatur und Rechtsprechung eine erhebliche Uneinigkeit über das Verhältnis der Vermutung des Profit Sharing zu den unter (a) bis (e) aufgezählten "non-presumptions". Die strittigen Fragen beziehen sich dabei im wesentlichen auf die Beweislast und Fragen der Beweiswürdigung.

Derjenige, der eine Partnership behauptet und eine Gewinnbeteiligung nachweist, kann - insofern besteht noch Einigkeit - ohne weiteres ein entsprechendes Urteil erstreiten, wenn der Gegner sich auf keine der sogenannten "protected relationships" beruft.²⁾

1) Vgl. v. Sinner, S. 24

2) Crane and Bromberg, S. 76

Dagegen ergeben sich bereits Differenzen in den Beweisforderungen für eine "protected relationship". Reicht es aus, daß der Beweis die auf die Gewinnbeteiligung gestützte Vermutung erschüttert, oder muß es sich um einen "gewichtigen" oder gar um einen "klaren und überzeugenden" Gegenbeweis handeln? Die Rechtsprechung hat in dieser Frage bislang noch nicht zu einer klaren Linie gefunden.¹⁾

Außerordentlich streitig ist schließlich die Frage, ob derjenige, der einen der Fälle des § 7 Abs. 4 (a) - (e) nachweist, gleichzeitig Partner sein kann oder nicht.

Nach dem Wortlaut der Bestimmung ist man zunächst geneigt davon auszugehen, daß nur entweder eine Partnership oder eine "protected relationship" vorliegen kann. Dieser Ansicht scheinen auch einige Gerichte zu folgen.²⁾

Liest man UPA § 7 Abs. 4 genauer, so bestimmt die Vorschrift lediglich, daß Profit Sharing im Fall einer "protected relationship" nicht als "prima facie evidence" angesehen werden kann. Danach ist es möglich, zum Beispiel gleichzeitig Darlehensgläubiger und Partner zu sein³⁾, wenn der Beweis für eine Partnership auf andere Weise geführt wird.

Anhand des Wortlauts des UPA läßt sich diese Frage kaum entscheiden. Die Finanzierungspraxis geht überwiegend von dem Entweder-Oder-Prinzip aus, was natürlich demjenigen zugute kommt, der durch sorgfältige Formulierung des Vertrages seine Beteiligung an einem Unternehmen als "protected relationship" darstellen und auf diese Weise einer Haftung als Gesellschafter entgehen kann.⁴⁾ Eine gesetzgeberische Klärung dieser Frage ist wünschenswert.

2. Das Darlehen mit Gewinnbeteiligung

Wie bereits oben ausgeführt, markieren die Fälle der "protected relationships" die Grenzlinie, die die Partnership von einer Vielzahl anderer im Wirtschaftsleben gebräuchlicher Rechtsbeziehungen trennt. Im folgenden sollen die praktisch bedeutsamsten dieser Fälle untersucht werden.

1) Vgl. Crane and Bromberg, S. 78

2) z.B. Kaufman-Brown Potato Co. v. Long, 182 F 2d 594, 599 f. (1950)

3) Vgl. Reuschlein/Gregory, S. 248; Minute Maid Corp. v. United Foods, 291 F 2d 577 (1961)

4) Crane and Bromberg, S. 79 f.

Häufig werden bei einem Darlehen Hauptsumme und/oder Zinsen im Wege einer Gewinnbeteiligung eingezogen. Mit diesen Fällen befassen sich die Buchstaben (a) und (d) des UPA § 7 Abs. 4.

a. Gewinnbeteiligung zum Zwecke der Tilgung

Mit "payment of a debt" nach UPA § 7 Abs. 4 (a) ist der Fall gemeint, daß ein Schuldbetrag - zumeist ein Darlehen - und nicht nur Zinsen durch eine Beteiligung des Gläubigers am Gewinn getilgt wird. Der Gläubiger setzt sich in diesem Fall einem erheblich höheren Risiko aus, als wenn mit der Gewinnbeteiligung ausschließlich Zinszahlungen erbracht werden¹⁾, da so die Erfüllung der Ansprüche des Gläubigers in vollem Umfang von der Geschäftsentwicklung abhängt. Die Nähe zur Stellung eines Gesellschafters liegt auf der Hand.

Diese Konstruktion wird daher nur in besonderen Fällen gewählt werden, nämlich meist dann, wenn die Rückzahlung des Kapitals ohne Rücksicht auf den Gewinn zu einem Zusammenbruch des Unternehmens führen würde.²⁾

Diese Ausgangssituation und die sich daraus ergebenden Probleme behandelt der bereits mehrfach zitierte Fall Cox v. Hickman³⁾: Die Eigentümer einer Eisenhütte, die sich in finanziellen Schwierigkeiten befand, übertrugen das Unternehmen auf einige Gläubiger, die es als Treuhänder für die übrigen Gläubiger weiterführten. Die entstehenden Nettogewinne sollten unter die Gläubiger verteilt werden, bis die Verbindlichkeiten abgetragen waren. Dabei waren die Treuhänder der weitgehenden Kontrolle durch die Gläubiger unterworfen, die im Gegenzuge ihre Forderungen nicht klageweise geltend machten. Ein Lieferant des Hüttenwerkes nahm später zwei der nicht als Treuhänder handelnden Gläubiger mit der Behauptung in Anspruch, sie seien als Gesellschafter einer Partnership haftbar.

Obwohl die Kontrolle der Gläubiger über das Unternehmen so weit ging, daß sie es sogar liquidieren konnten⁴⁾, hat das House of Lords die Umstände nicht für ausreichend erachtet, um eine Partnership annehmen zu können. Da die Ent-

1) Crane and Bromberg, S. 80

2) 59 AmJur 2d, § 54; Crane and Bromberg, S. 81

3) L.R. 8 HLC 267 (1860)

4) Vgl. Reuschlein/Gregory, S. 255

scheidung aus den Voten der einzelnen Richter besteht, die ihr Gewicht auf unterschiedliche Merkmale gelegt haben, ist eine eindeutige Leitlinie der Entscheidung nicht zu entnehmen.¹⁾ Insgesamt waren die Gläubiger nach Auffassung der Richter unter Berücksichtigung ihrer "intention"²⁾ nicht als Partner, sondern als Darlehensgeber anzusehen. Zur Begründung wurde darauf verwiesen, daß die Gewinnbeteiligung auf die Höhe der Darlehensschuld begrenzt war³⁾ und daß nach Tilgung der Schulden das Unternehmen an die Schuldner zurückfallen sollte. Die Führung des Unternehmens durch die Treuhänder und die Finanzierung des weiteren Betriebes erfolgten nach Ansicht des House of Lords also im Interesse der Schuldner.⁴⁾

Diese Argumentation ist vor allem unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Hintergrundes anfechtbar. Insbesondere Justice Crompton⁵⁾ stellt in seinem Minderheitsvotum deutlich heraus, daß die Argumentation der Mehrheit sehr formaler Natur ist. Wirtschaftlich gesehen handelte es sich um eine Veräußerung des Unternehmens, da die Schuldner weder Kontroll- noch sonstige Rechte hatten, solange das Unternehmen durch die Treuhänder betrieben wurde. Zwar war für die Begründung des Treuhandverhältnisses ihre Zustimmung erforderlich; auch ergab sich so für sie eine Möglichkeit, ihre Schulden zu tilgen. Der wirtschaftliche Vorteil lag aber weit überwiegend auf Seiten der Gläubiger, da sie - verglichen mit der Zerschlagung des Unternehmens durch den Konkurs - auf diese Weise die Möglichkeit hatten, ihre Forderungen in vollem Umfang oder zumindest zu einem größeren Teil zu realisieren.

In diesem Spannungsverhältnis zwischen formaljuristischer Konstruktion und wirtschaftlicher Realität befinden sich die Fälle, in denen einen Gläubiger, dessen Forderung im Wege der Gewinnbeteiligung getilgt wird, unversehens die Haftung als Gesellschafter trifft.⁶⁾ Zwei weitere Fälle, die ebenfalls das Außenverhältnis betreffen, sollen dies verdeutlichen.

1) Crane and Bromberg, S. 81

2) Mit dieser Entscheidung ist die alte Doktrin überholt worden, wonach Gewinnbeteiligung ohne Rücksicht auf den Parteiwillen eine Partnership begründet; vgl. Barrett and Seago, S. 32

3) Vgl. auch 59 AmJur 2d, § 54 mit weiteren Entscheidungen zu diesem Argument

4) So Baron Channell, a.a.O., S. 286

5) a.a.O., S. 288 f.

6) Vgl. Seeliger, S. 29

In *Righter v. Farrell*¹⁾ hatte der zahlungsunfähige Watts sein Unternehmen gegen Erlaß von 75% seiner Verbindlichkeiten auf seine Gläubiger, unter anderem Farrell, übertragen. Er selbst führte den Betrieb als angestellter Geschäftsführer weiter, wobei er der Kontrolle eines Gläubigerkomitees unterlag. Obwohl die Gläubiger ausdrücklich keine Haftung als Gesellschafter eingehen wollten, wurden sie als Mitglieder einer Partnership angesehen. In der Nichtbeachtung des erklärten Willens der Gläubiger spürt man noch die Auswirkungen der Doktrin der "partnership as to third persons".²⁾ Indessen dürfte dieser Fall auch unter Anwendung der Regeln aus UPA §§ 6,7 nicht anders zu entscheiden sein.

Kritischer ist die Entscheidung in dem Fall *Purvis v. Butler*³⁾ zu sehen. Hier hatten die Gläubiger nicht das Unternehmen des Schuldners übernommen, sondern dem bisherigen Inhaber einen der Gläubiger als "general manager" beigeordnet. Der Gläubiger Butler hatte neben der Gewinnbeteiligung nur das Recht, die Geschäftsbücher einzusehen. Dennoch haftete er nach Ansicht des Gerichts als Gesellschafter für ein Schuldversprechen, das der "general manager" abgegeben hatte. Dieses Ergebnis hätte ebensogut mit den Grundsätzen über die Agency erreicht werden können, da Butler unstreitig eine Vollmacht für die Abgabe derartiger Schuldversprechen erteilt hatte. Ausschlaggebend dafür, von einer Partnership auszugehen, war für das Gericht offenbar der Umstand, daß die Gläubiger dem Unternehmen noch Kapital zur Fortführung des Betriebes zugeführt hatten und deshalb als Eigentümer des Unternehmens anzusehen seien.⁴⁾

Auch hierbei wird von dem Gericht betont, daß es um die Haftung gegenüber Dritten gehe. Es darf angesichts der geringen, für ein normales Gläubiger-verhältnis typischen Kontrollbefugnisse bezweifelt werden, ob Butler auch im Innenverhältnis als Partner angesehen worden wäre.

Diese Fälle belegen auch, daß ein Gläubiger, der die Voraussetzungen einer "non-presumption" erfüllt, gleichzeitig Mitglied einer Partnership sein kann.⁵⁾ Hierzu sind jedoch in der Regel weitere Elemente, z.B. eine entsprechende Ab-

1) 19 A 687 (1890)

2) Zu dieser Theorie oben S. 23

3) 49 NW 564 (1891)

4) a.a.O., S. 567

5) Wie oben S. 55 dargestellt wurde, bedeutet die "non-presumption" keine Vermutung gegen eine Partnership; vgl. auch 59 AmJur 2d, § 54

sicht und vor allem eine weitreichende Kontrolle über das Unternehmen erforderlich.¹⁾

Bei der Entscheidungsfindung wird darüber hinaus berücksichtigt, wie die Vereinbarung äußerlich gestaltet ist. Je mehr sich die Parteien der typischen Begriffe und Sicherungsmittel von Darlehensgeschäften (Schuldscheine, festgelegte Hauptsumme und Zinsen sowie Fälligkeiten, Pfandrechte etc.) bedienen, desto mehr sind sie auch davor geschützt, als Partner in Anspruch genommen zu werden, selbst wenn den Gläubigern umfangreiche Kontrollbefugnisse zustehen.²⁾ Einen Hinweis in diese Richtung enthält der Fall *Cullingworth v. Pol-lard*³⁾: Cullingworth finanzierte ungefähr 6 Monate lang den Gebrauchtwagenhandel von Hubbard. Dabei konnte C. letztlich bestimmen, welche Fahrzeuge angekauft wurden. Er bezahlte einige Wagen auch direkt aus seinen Mitteln. Von den Fahrzeugen, die er finanzierte, erhielt C. die Hälfte des Wiederverkaufsgewinns. C. wurde schließlich von einem Gläubiger des H. als Partner verklagt.

Im Berufungsrechtszug wurde entschieden, daß die Beweismittel nicht ausreichten, um C. als Partner anzusehen. In der Entscheidung wird allerdings nicht deutlich gemacht, an welchem konkreten Merkmal - Intention, Control, Co-Ownership u.s.w. - es fehlt. Diese Erfordernisse werden lediglich in den Raum gestellt⁴⁾, ohne daß später bei der Tatsachenwürdigung darauf zurückgegriffen wird. Das Gericht legt allerdings Wert auf die Feststellung, daß C. bei den Fahrzeugkäufen, die er finanziert hatte, entweder die Fahrzeugpapiere als Sicherheit besaß oder Pfandrechtsinhaber war.⁵⁾ Die typische darlehensrechtliche Gestaltung war daher offenbar ausschlaggebend dafür, C. nicht als Partner anzusehen. Es kam hinzu, daß H. im übrigen Geschäftsverkehr (Versicherungspolicen, behördliche Genehmigungen) und steuerlich als Einzelunternehmer auftrat, so daß nach den Begriffen des deutschen Rechts allenfalls eine Innengesellschaft zwischen H. und C. hätte bestehen können. In dem Rechtsstreit ging es aber um die Haftung Dritten gegenüber, bei der - wie die bislang besprochenen Fälle bereits deut-

1) Crane and Bromberg, S. 82 mit Rechtsprechungshinweisen; 59 AmJur 2d, § 55

2) Crane and Bromberg, S. 83

3) 111 SE 2d 810 (1960)

4) a.a.O., S. 814 f.

5) Die entsprechenden Zeugenaussagen sind zum Teil wörtlich im Urteil wiedergegeben (S. 812 - 814)

lich machen - die Gerichte eher zu einem Gesellschaftsverhältnis kommen. Der Fall *Cullingworth v. Pollard* zeigt daher, daß Vertragsparteien durch eine geschickte Ausgestaltung des Vertrages trotz einer Gewinnbeteiligung die Haftungsfolgen einer Partnership vermeiden können.

b. Gewinnbeteiligung als Zinszahlung

Anders gelagert sind die Fälle des UPA § 7 Abs. 4 Buchst. (d)¹⁾, in denen eine Gewinnbeteiligung ausschließlich anstelle einer Zinszahlung vereinbart wird.

Diese Art der Gewinnbeteiligung hat sich geschichtlich als Möglichkeit entwickelt, die Vorschriften gegen den Wucher zu umgehen.²⁾ Während bei Vereinbarung eines bestimmten Zinssatzes Höchstgrenzen normiert sind, bestehen solche Beschränkungen nicht, wenn Zinsen in Form eines Anteils am Gewinn eines Unternehmens gezahlt werden.³⁾ Bereits aus der Entstehungsgeschichte dieser Gewinnbeteiligungsmodalität ergibt sich daher eine wesentlich geringere Nähe zur Gesellschafterstellung.⁴⁾

Nach allgemeiner Ansicht haftet derjenige, der für sein Darlehen statt der Zinsen oder zusätzlich zu den Zinsen eine Gewinnbeteiligung erhält, nicht als Partner⁵⁾, es sei denn, er nähme an der Kontrolle oder Geschäftsführung über das Unternehmen teil.⁶⁾ Allerdings muß die Kontrolle schon außerordentlich weitreichend sein, um eine Gesellschafterstellung zu begründen.

In dem bekannten Fall *Martin v. Peyton*⁷⁾ gewährten Bekannte eines der Inhaber einem angeschlagenen Bankunternehmen darlehensweise Sicherheiten im Wert von 2,5 Mio. \$, und zwar für einen Zeitraum von 2 Jahren. Als Gegenleistung sollten sie 40% des in dieser Zeit erwirtschafteten Gewinns erhalten,

1) Zum Verhältnis zwischen Buchstabe (a) und (d) Reuschlein/Gregory, S. 255

2) Crane and Bromberg, S. 93

3) Lattin, Jennings, Buxbaum, S. 19; Restatement, Vol. II, § 527; vgl. auch die bei Crane and Bromberg, S. 73 Fn. 40 zitierten Fälle

4) Vgl. Crane and Bromberg, S. 93

5) 59 AmJur 2d, § 56 m.w.N. und insbesondere *Meehan v. Valentine*, 145 US 611, 625 (1892)

6) Crane and Bromberg, S. 94 mit weiterer Rechtsprechung

7) 158 NE 77 (1927); es ist anzumerken, daß dieser Fall unter der Geltung des UPA entschieden wurde und auch mit dem UPA für vereinbar gehalten wird (Reuschlein/Gregory, S. 256)

mindestens jedoch 100.000 \$ und höchstens 500.000 \$. Abgesehen von der Übertragung bankeigener Sicherheiten und der Abtretung einer auf den Geschäftsführer der Bank lautenden Lebensversicherung hatten sich die Gläubiger eine Reihe von Rechten vorbehalten. Es handelte sich dabei im wesentlichen um Informations-, Kontroll- und Vetorechte. In einer sogenannten "Option" sicherten sich die Gläubiger schließlich ein Eintrittsrecht in das Bankhaus. Für diesen Fall mußten die bisherigen Anteilsinhaber bereits im voraus ihren Rücktritt erklären.

Das Gericht hat die Darlehensgeber trotz ihrer weitgehenden Rechte nicht als Partner angesehen, weil die Rechte der Gläubiger nicht über das im Rahmen einer Darlehensgewährung normale Maß hinausgegangen seien. Dabei gab es zu bedenken, daß das Unternehmen am Rande des Konkurses stand und die Rückzahlung des Darlehens außerordentlich zweifelhaft war. Eine starke Absicherung sei daher erforderlich gewesen. Darüber hinaus seien die Rechte der Darlehensgeber rein passiver Natur gewesen; diese waren nach Ansicht des Gerichts nicht berechtigt, aktiv in die Geschäftsführung einzugreifen und etwa bestimmte Geschäfte zu tätigen oder auch nur zu beeinflussen. Die Vereinbarung eines Eintrittsrechts der Gläubiger bei gleichzeitigem Rücktritt der alten Partner hielt das Gericht zwar für ungewöhnlich, im Gesamtbild jedoch nicht für ausreichend, um eine Partnership mit den Gläubigern festzustellen.

Ebenso wie bei der Entscheidung *Cox v. Hickman* kann auch diese Begründung nicht recht befriedigen.¹⁾

Stützt man sich lediglich auf den Wortlaut der Vertragsurkunden, war zwar das Kontrollrecht der Gläubiger eher passiver Art.²⁾ Betrachtet man aber das Ineinandergreifen der einzelnen Kontrollrechte, so muß man feststellen, daß die Gläubiger wirtschaftlich durchaus die Möglichkeit hatten, lenkend in die Geschäftsführung einzugreifen.³⁾ Die Gläubiger hatten einerseits das Recht, gegen alle spekulativen Geschäfte ein Veto einzulegen; andererseits mußten sie bei jedem wichtigen Geschäft befragt werden. Diese Gestaltung läuft bei extensiver Ausnutzung durch die Gläubiger darauf hinaus, daß die Geschäftsführung sich nach den Wünschen der Gläubiger richten muß, wenn ihre Aktivitäten nicht

1) Siehe die Kritik bei Reuschlein/Gregory, S. 257

2) Es wurde allerdings wegen der "parol evidence rule" (dazu S. 120 ff.) ausdrücklich nicht zum Gegenstand der Entscheidung gemacht, wie das Kontrollrecht tatsächlich ausgeübt wurde; a.a.O., S. 78

3) Ebenso Crane and Bromberg, S. 95

vollständig blockiert werden sollen.¹⁾

Insgesamt scheinen insbesondere die neueren Entscheidungen, die sich mit der Darlehensgewährung auf Gewinnbeteiligungsbasis befassen, dahin zu tendieren, nach der Feststellung eines Darlehensvertrages²⁾ nach UPA § 7 Abs. 4 (a) und (d) nur noch in Ausnahmefällen zu einer Partnership zu gelangen, nämlich in offenkundigen Umgehungsfällen. So wird in der praktischen Handhabung aus der "non-presumption" eine Vermutung gegen die Existenz einer Partnership, die darüber hinaus kaum zu widerlegen ist.³⁾ Hier eröffnen sich bei geschickter Vertragsgestaltung Möglichkeiten, ein Unternehmen praktisch zu lenken, ohne für die Schulden zu haften.⁴⁾

Der Grund für diese Zurückhaltung der Gerichte wird nicht zuletzt in gesamtwirtschaftlichen Erwägungen zu suchen sein. So ist von den Gerichten im ausgehenden 19. Jahrhundert offenbar das starke Anwachsen von Finanzierungsgeschäften berücksichtigt worden.⁵⁾ Besonders deutlich wird dies bei der Entscheidung Cox v. Hickman in dem Votum von Lord Cranworth, der recht starkes Gewicht nicht auf rechtliche Grundsatzfragen, sondern auf die Verkehrsauffassung der Wirtschaftskreise legt.⁶⁾ Auch heute mag die Ermutigung zu Kreditgeschäften als Motiv eine nicht unbeträchtliche Rolle spielen, wenn Gerichte die Entstehung einer Partnership und damit die Haftung der Darlehensgeber für Unternehmensschulden verneinen.⁷⁾

3. Dienstverhältnis mit Gewinnbeteiligung

Eine Partnership-Vermutung besteht nach UPA § 7 Abs. 4 Buchst. (b) schließlich dann nicht, wenn die Gewinnbeteiligung nur einen Gehaltersatz oder -zusatz darstellt.

1) Siehe hierzu die Ausführungen im Anschluß an den Aufsatz von Douglas: "Vicarious Liability and Administration of Risk" unten S. 74 ff.

2) Dieser wurde nur als häufigster Fall herausgegriffen; es kann sich ebenso gut um die Tilgung von Kaufpreisschulden oder ähnliches handeln; vgl. Crane and Bromberg, S. 82

3) Vgl. Reuschlein/Gregory, S. 258, die insoweit von einer gewissen Zurückhaltung der Gerichte sprechen.

4) Crane and Bromberg, S. 95, bemerken zu dieser Entscheidung: "It is thus a monument to careful draftsmanship."

5) Crane and Bromberg, S. 67

6) L.R. 8 HLC 268, 308/309 (1860)

7) Vgl. Steffen, S. 584

In solchen Fällen gehen die Klagen äußerst selten von den Gläubigern eines Unternehmens aus, da der "Angestellte" kaum einen attraktiven Schuldner darstellt.¹⁾ Vielmehr handelt es sich fast ausschließlich um Rechtsstreitigkeiten, die unmittelbar oder mittelbar von dem "Angestellten" ausgehen. Die Interessenlage ist dabei allerdings ambivalent: Je nach den Umständen des Einzelfalls kann es für den Dienstverpflichteten günstiger sein, die Existenz einer Partnership darzutun und damit am Gewinn und Vermögen des Unternehmens zu partizipieren oder aber sich als bloßen Angestellten darzustellen, um in den Genuß von sozialversicherungsrechtlichen Vorteilen zu kommen.²⁾

Die Behandlung dieser "non-presumption" ist deshalb von Interesse, weil die Vereinbarung einer Gewinnbeteiligung für Arbeiter und Angestellte seit jeher verbreitet ist. Am Beginn stehen Beispiele aus dem Walfang und der Fischerei, bei denen Kapitän und Mannschaft am Ende einer Fangfahrt einen Teil des Verkaufsgewinns erhielten. Seit jeher auch sind diese Vereinbarungen nicht als Gesellschaftsvertrag angesehen worden.³⁾

Es mag auch an dieser Tradition der Gewinnbeteiligung für Arbeitnehmer liegen, daß mehr als im Fall der Schulden und Zinsen auf die wirkliche Absicht der Parteien und weniger auf die äußere Gestaltung der Vereinbarung geachtet wird. Außerdem offenbart sich hier eine unterschiedliche Behandlung von Außen- und Innenverhältnis, die später⁴⁾ noch Gegenstand der Erörterung sein wird.

Im Fall *Fenwick v. Unemployment Compensation Commission*⁵⁾ ging es darum, ob die Tätigkeit einer Mrs. Chesire bei Fenwick als Angestelltenverhältnis anzusehen war und Fenwick damit bestimmten sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften unterlag.

Mrs. Chesire war im Schönheitssalon Fenwicks zunächst als Empfangsdame

1) Crane and Bromberg, S. 83

2) Vgl. Reuschlein/Gregory, S. 253, sowie Crane and Bromberg, S. 83 Fn. 85

3) Crane and Bromberg, S. 84/85. Heute wird dem Problem der Abgrenzung zur Partnership dadurch begegnet, daß bei den meisten "normalen" Gewinnbeteiligungsvereinbarungen die Angestellten den Gewinnanteil nicht direkt vom Unternehmen beziehen, sondern diese Gelder in einen Trust fließen, aus dem die Verteilung an eine Vielzahl von "beneficiaries" vorgenommen wird; vgl. Crane and Bromberg, S. 84 Fn. 92

4) S. 97 ff.

5) 44 A 2d 172 (1945)

und Kassiererin angestellt. Als sie nach einem Jahr ein höheres Gehalt forderte, war Fenwick damit einverstanden, sofern der Betrieb dies einbrachte. Unter Mithilfe eines Anwalts trafen Fenwick und Mrs. Chesire eine Vereinbarung, die im wesentlichen folgende Punkte enthielt:

- "(1) That the parties associate themselves into a partnership to commence January 1, 1939.
- (4) That no capital investment shall be made by Mrs. Chesire.
- (5) That the control and management of the business shall be vested in Fenwick.
- (6) That Mrs. Chesire is to act as cashier and reception clerk at a salary of \$ 15 per week and a bonus at the end of the year of 20% of the net profits, if the business warrants it.
- (7) That as between the partners Fenwick alone is to be liable for debts of the partnership.
- (9) That the books are to be open for inspection of each party.
- (10) That the salary of Fenwick is to be \$ 50 per week and at the end of the year he is to receive 80% of the profits."

Die Arbeitslosenversicherungskommission entschied, daß diese Vereinbarung nichts anderes enthalte als eine Regelung des Gehalts einer Angestellten. In erster Instanz urteilte der Supreme Court of New Jersey, es handele sich um eine Partnership; es bestehe keine Veranlassung, sich über den eindeutigen und freien Vertragswillen hinwegzusetzen, wie er in dem Dokument unter Mithilfe eines Anwalts verankert sei.¹⁾

Dieses starre Festhalten an den äußeren Formen und dem Wortlaut der Vereinbarung ist in der Berufung durch den Court of Errors and Appeals of New Jersey²⁾ aufgegeben worden.

Obwohl die Entscheidung das Bestehen einer Partnership erklärtermaßen nur im Hinblick auf das Arbeitslosenversicherungsrecht untersucht³⁾, enthält sie eine Prüfung aller wesentlichen Abgrenzungskriterien zwischen Dienstverhältnis und Partnership. Vor allem aber betont sie, entscheidend sei nicht der Wortlaut der Vereinbarung, sondern die wahre "intention" der Beteiligten unter Berücksichtigung ihres Verhaltens und ihrer prozessualen Äußerungen. Auf dieser Grund-

1) J. Hehler, 38 A 2d 849, 851 (1944)

2) 44 A 2d 172 (1945)

3) a.a.O., S. 174

lage kommt der Court of Appeals zu dem Ergebnis, daß zwischen Fenwick und Mrs. Chesire nur eine modifizierte Gehaltsvereinbarung getroffen, aber keine Partnership begründet worden sei. Ausgangspunkt sei der Wunsch von Mrs. Chesire nach mehr Gehalt gewesen, den Fenwick erfüllen wollte, ohne gleichzeitig selbst Einkommenseinbußen hinnehmen zu müssen. Durch die Vereinbarung habe sich letztlich nichts geändert: Mrs. Chesire erfülle nach wie vor ihre Aufgabe als Kassiererin und Empfangsdame und Fenwick behalte die Kontrolle und Führung des Betriebes. Mrs. Chesire war darüber hinaus nicht am Verlust beteiligt¹⁾ und wurde auch Dritten gegenüber nicht als Partner ausgegeben. Schließlich brauchte Mrs. Chesire auch keine Kapitaleinlage zu erbringen, so daß auch keine vermögensmäßige Mitberechtigung (co-ownership) vorliegt.²⁾

Dieser Fall offenbart auch das Motiv, weshalb Angestellte gelegentlich als Partner ausgegeben werden, obwohl in Wahrheit eine derartige Rechtsbeziehung nicht beabsichtigt ist: Der Arbeitgeber versucht auf diese Weise, Sozialversicherungsabgaben zu ersparen.³⁾

Wie sehr bei der Arbeitnehmer-Gewinnbeteiligung im Gegensatz zu Darlehensgeschäften nach der wirklichen Absicht der Partelen hinter allen Formen geforscht wird, zeigt auch die geradezu penible Tatsachenermittlung in der Entscheidung Eder v. Reddick⁴⁾. Das Prinzip wird wie folgt vorgestellt: "Whether a partnership contract has come into existence depends, as in the case of other contracts, on the intention of the parties, this intention to be manifested by the conduct, statements, and writings of the parties. ... For the most part, the facts are to be gleaned from the acts and conduct of the parties, rather than from the spoken word."⁵⁾ Wegen der widerstreitenden Beweisergebnisse⁶⁾ kommt die Entscheidung zu dem Ergebnis, daß eine Partnership nicht vorliegt.

1) Sugarman, S. 59; vgl. auch Crane and Bromberg, S. 87, die eine Verlustbeteiligung als einem Anstellungsverhältnis so fremd ansehen, daß dies ein starkes Indiz für eine Partnership darstelle.

2) Nach Crane and Bromberg, S. 87, spricht dies gegen eine Partnership.

3) Crane and Bromberg, S. 85 Fn. 95; vgl. auch Eder v. Reddick, 278 P 2d 361, 366 (1955)

4) 278 P 2d 361 (1955)

5) a.a.O., S. 366

6) Die Beweislast für das Bestehen einer Partnership liegt bei dem, der sie behauptet; Eder v. Reddick, 278 P 2d 361, 365 (1955)

Anders dagegen der Fall *Bengston v. Shain*¹⁾: Bengston, der als Angestellter im Pfandhaus von Shain beschäftigt war, behauptete, als Partner an der von Shain und Plesko gekauften Gaststätte beteiligt gewesen zu sein. Für B., der zeitweise in dem Lokal arbeitete, war in der Tat eine Gewinnbeteiligung vereinbart, die er jedoch nie erhielt. Vielmehr bekam er nur ein normales Gehalt für seine Tätigkeit im Leihhaus. Nach einigen Monaten erklärte ihm S., er solle die ganze Zeit im Leihhaus arbeiten, während er, S., in der Gaststätte tätig sei. Auf die Frage B's nach seiner Beteiligung erklärte ihm S., er sei "out".

Obwohl es Anzeichen gab, die gegen eine Partnership sprachen - S. hatte zum Beispiel gegenüber Dritten in Gegenwart, aber ohne Widerspruch von B. erklärt, dieser sei nicht Partner - , hielt das Gericht die Existenz einer Partnership für erwiesen.

Ausschlaggebend hierfür waren zwei Punkte: Zum einen war im Buchprüfungsbericht für das erste Wirtschaftsjahr auch ein Kapitalkonto für B. ausgewiesen. Zum anderen lautete die Schankkonzession auf den Namen aller drei Beteiligten. Bedeutsam ist dieser Umstand deshalb, weil nach dem maßgeblichen Recht des Staates Washington solche Konzessionen nur für Eigentümer ausstellbar sind und der entsprechende Antrag durch einen Anwalt vorbereitet worden war.²⁾ S. versuchte, diesen wichtigen Hinweis auf die Existenz einer Partnership mit der Erklärung zu entkräften, dies sei nur geschehen, damit B. nicht der Gewerkschaft beitreten müsse.³⁾

Ohne im einzelnen zu subsumieren, stellte das Gericht fest, die für eine Partnership nötigen Kriterien (Intention, Community of Interest bzw. Joint Ownership) seien erfüllt. Mit dem Hinweis, B. habe ein Recht auf Kontrolle gehabt, umgeht die Entscheidung darüber hinaus das Bedenken, daß B. zu keinem Zeitpunkt einen Überblick über den Geschäftsgang der Gaststätte hatte, ja nicht einmal deren Kaufpreis kannte, und folglich eine Kontrolle nicht tatsächlich ausgeübt hatte.

Der Fall *Bengston v. Shain* scheint nicht nur im Ergebnis, sondern auch in seinen Maßstäben von den Entscheidungen in *Sachen Fenwick* und *Eder v. Reddick* abzuweichen. Diese Abweichungen beziehen sich aber im wesentlichen auf die

1) 255 P 2d 892 (1953)

2) a.a.O., S. 895

3) Ein durchaus geläufiges Motiv für eine derartige Gestaltung; vgl. *Crane and Bromberg*, S. 85 Fn. 95

bereits erörterte Streitfrage, welches Maß an Beweis für das Bestehen einer Partnership erforderlich ist¹⁾, und auf die persönliche Beweiswürdigung durch den Richter bzw. die Jury. Ungeachtet der unterschiedlichen Ergebnisse wird bei den diskutierten Urteilen stärker als in Darlehensfällen das Bestreben deutlich, äußere Formen zu hinterfragen und den wahren Willen der Beteiligten zu ermitteln.

4. Zusammenfassung zum Profit Sharing

Die besprochenen Fälle zeigen insgesamt, daß in der Praxis²⁾ die Gewinnbeteiligung allein nicht ausreicht, um zur Feststellung einer Partnership zu gelangen. Es sind immer noch weitere Indizien erforderlich, die die betreffende Person als Mitunternehmer³⁾ erscheinen lassen, etwa Kontroll- und Mitverwaltungsbefugnisse, Kapitalbeteiligung oder eine sonst gleichgerichtete Interessenslage.⁴⁾

Dennoch hat die Gewinnbeteiligung auch nach dem Einschnitt durch die Entscheidung Cox v. Hickman eine herausragende Bedeutung⁵⁾ behalten. Selbst ein noch so großes Maß an Kontrollbefugnissen oder sogar das Miteigentum an Unternehmensbestandteilen⁶⁾ können für sich allein nicht zur Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses führen. Eine Person, die nicht am Gewinn eines Unternehmens beteiligt ist, kann nicht die Stellung eines Gesellschafters haben.⁷⁾ Diese einhellige Meinung ist im Zusammenhang mit der Tatsache zu sehen, daß im amerikanischen Recht eine Personengesellschaft zwingend darauf angelegt sein muß, Gewinne zu erzielen. Eine Gesellschafterstellung ohne gleichzeitige Teilhabe an diesem Zweck ist daher mit dem amerikanischen Gesellschaftsbegriff nicht vereinbar.

1) Siehe oben S. 55; im Fall Bengston v. Shain wurde offenbar ein Überwiegen der Beweise für ausreichend erachtet; dagegen wird in Eder v. Reddick, 278 P 2d 361, 365/366 (1955) betont, im Innenverhältnis seien strengere Anforderungen an den Beweis zu stellen als bei der Haftung Dritten gegenüber.

2) Von dem rein theoretischen Fall abgesehen, daß keine Umstände vorgetragen werden, die gegen eine Partnership sprechen; vgl. Crane and Bromberg, S. 76 f.

3) Von diesem Modell geht - ähnlich wie Siebert - Douglas, a.a.O., S. 720 ff. aus.

4) 59 AmJur 2d, § 48; Sugarman, S. 61

5) 59 AmJur 2d, §§ 43 und 48; Rowley, S. 163 (der einzig wirklich unabdingbare Test)

6) Vgl. 59 AmJur 2d, § 64: Gemeinschaftliches Eigentum von Arbeitgeber und Arbeitnehmer ohne Gewinnbeteiligung des Arbeitnehmers begründet keine Partnership.

7) Crane and Bromberg, S. 66 m.w.N.

Darüber hinaus begründet "profit sharing" nach UPA § 7 Abs. 4 eine Art Rechtsvermutung für das Bestehen einer Gesellschaft. Wenn keine Tatsachen vorgetragen werden, die gegen eine Partnership sprechen, kann der Kläger daher allein mit dem Nachweis einer Gewinnbeteiligung die Verurteilung einer Person als Gesellschafter einer Partnership erstreiten.¹⁾ Wenn es um die Existenz einer Partnership geht, gilt somit das Hauptaugenmerk der Frage, ob bestimmte Personen am Gewinn beteiligt sind: "(Profit sharing) is the tip-off to a third party litigant that he has more than one prospective defendant."²⁾

Das vorstehende Zitat aus Crane and Bromberg zeigt schließlich auch, daß diesem Test eine besondere Bedeutung zukommt, wenn es darum geht, die Haftung eines Gesellschafters gegenüber Dritten festzustellen. Diese unterschiedliche Gewichtung der Gewinnbeteiligung im Innen- und Außenverhältnis ist bereits in der Besprechung der beiden Fallgruppen - Darlehen bzw. Dienstverhältnis mit Gewinnbeteiligung - deutlich zutage getreten. Nimmt ein Gläubiger eine Person als Mitglied einer Partnership in Anspruch, kann der Beklagte nach der Feststellung seiner Gewinnbeteiligung einer Haftung nur dadurch entgehen, daß er eine der sogenannten "protected relationships" nachweist. Dagegen wird für die Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses im Innenverhältnis, namentlich bei der Abgrenzung zu Anstellungsverträgen, in der Regel unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls nach dem "wahren Willen" der Beteiligten geforscht.³⁾

Wie der Fall Fenwick zeigte, erfolgt zwar auch schon für das Innenverhältnis eine rechtlich wertende Korrektur der Vertragserklärungen durch die Analyse des tatsächlichen Verhaltens der Vertragsparteien. Die Betonung der leicht feststellbaren Gewinnbeteiligung als Kriterium für die Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses zum Zwecke der Haftung Dritten gegenüber deutet jedoch darüber hinaus schon darauf hin, daß im Außenverhältnis nicht die "intention", sondern die tatsächlichen Rechtsbeziehungen Ausgangspunkt der Beurteilung sind und die Willenserklärungen allenfalls dazu herangezogen werden, die aufgrund der äußeren Kriterien gefundene Entscheidung zu stützen. Auf diese Trennung zwi-

1) Crane and Bromberg, S. 76 f.

2) Crane and Bromberg, S. 66; auch Seeliger, S. 37 ff., stellt die besondere Bedeutung dieses Tests heraus, hält ihn aber in dieser zentralen Bedeutung für ein nicht mehr recht verständliches Residuum (S. 26).

3) Vgl. auch Rowley, S. 162, wonach für die Feststellung einer Partnership im Innenverhältnis im allgemeinen strengere Anforderungen gestellt werden als für das Außenverhältnis.

schen Innen- und Außenverhältnis wird unter Berücksichtigung des geschichtlichen Hintergrundes im Teil V Abschnitt A. III. näher eingegangen.

V. Die Gewinn- und Verlustbeteiligung im deutschen Recht

Im deutschen Recht besteht seit langem¹⁾ der Streit darüber, ob überhaupt eine Gewinnbeteiligung oder irgendwie geartete Ergebnisbeteiligung zum Wesen der Gesellschaft gehört. Soweit man dies überblicken kann, ist dieser Streit noch nicht entschieden.²⁾

Definitiver Ausgangspunkt der Meinungen ist dabei jeweils die Inhaltsbestimmung des Begriffs "gemeinsamer Zweck".³⁾

In neuerer Zeit ist es vor allem Schulze-Osterloh, der energisch die Auffassung vertritt, bei wirtschaftlichen Vereinigungen sei für die Qualifizierung als Gesellschaft die Ergebnisbeteiligung begriffsnotwendig.⁴⁾ Seine Auffassung begründet er damit, daß weder die Leistung von Beiträgen noch die Mitwirkung an der Geschäftsführung ein sicheres Kriterium darstellten, um etwa die Abgrenzung zum Darlehen oder Dienstvertrag zu ermöglichen.⁵⁾ Entscheidend sei nicht die Art und Weise des Zusammenwirkens der Beteiligten, sondern die Zuweisung des Ergebnisses.⁶⁾ Bei Vereinigungen, die ideelle Ziele verfolgen, ist mangels einer wirtschaftlichen Meßbarkeit das Kriterium der Erfolgsbeteiligung nicht mehr anwendbar. Schulze-Osterloh vertritt für diese Gruppe die Auffassung, daß es auf die Teilnahme an der Verwirklichung des ideellen Zwecks ankomme.⁷⁾

Der geschilderten Auffassung ist zunächst entgegenzuhalten, daß der Begriff

1) Siehe den Überblick über den Meinungsstand bei Hueck, oHG, S. 3 Fn. 7

2) Flume, S. 42

3) Vgl. Hueck, oHG, S. 3; Schulze-Osterloh, S. 16

4) a.a.O., S. 16 und 51; ebenso wohl Ballerstedt, a.a.O., S. 255; Westermann, Handbuch I, Rdn. 28 hält bei einer Gesellschaft mit wirtschaftlicher Zielsetzung ein sonstiges materielles Interesse an der Zweckverfolgung für erforderlich.

5) a.a.O., S. 14 - 16

6) a.a.O., S. 17

7) a.a.O., S. 19

des gemeinsamen Zwecks in § 705 BGB, der auch der oHG zugrundeliegt, sowohl für gewinnorientierte als auch für nicht-wirtschaftliche Gesellschaften gelten muß. Dieser Einheitlichkeit des Begriffs wird Schulze-Osterloh nicht gerecht, wenn er für wirtschaftliche Organisationen die Art und Weise der Tätigkeit als Kriterium ablehnt, für ideelle Vereinigungen aber auf sie zurückgreift.

Vor allem aber muß für die wirtschaftlichen Organisationen zwischen der Ebene der Erzielung eines Gewinns und seiner Verwendung bzw. Verteilung unterschieden werden.¹⁾ Auch bei einer oHG ist begrifflich nur vorauszusetzen, daß die Absicht besteht, in der Gesellschaft einen Gewinn zu erzielen. Dagegen ergibt sich nicht zwingend die Forderung, daß jeder Gesellschafter an diesem Gewinn auch teilhaben müsse.

Auf diesen Unterschied stellt die andere Auffassung ab, wonach ein Ausschluß der Gewinnbeteiligung einzelner Gesellschafter nichts an deren Gesellschafterstatus ändere.²⁾ "Gemeinsamer Zweck" sei nicht die Zusammenfassung identischer Ziele der beteiligten Individuen, sondern er gehöre "überindividuell der Gesellschaft als Personengemeinschaft" zu.³⁾ Gemeinsamer Zweck ist danach bei der oHG der Betrieb des Handelsgewerbes⁴⁾ oder allgemein das Erreichen eines wirtschaftlichen Erfolges. Daneben könnten die Gesellschafter die unterschiedlichsten individuellen Ziele haben.⁵⁾

Hueck führt hierzu als Beispiel den Fall an, daß Vater und Sohn eine oHG bilden, wobei der Vater auf Gewinnbeteiligung verzichtet. Das für Hueck ausschlaggebende "Interesse" des Vaters besteht darin, dem Sohn eine Lebensstellung zu verschaffen, während der Sohn Gewinn erzielen will.⁶⁾ Dieses Beispiel ist zumindest irreführend. Die "Interessen" von Vater und Sohn sind nichts mehr als Motive, auf die es für die Feststellung eines gemeinsamen Zwecks nicht ankommen kann⁷⁾, da sie sich lediglich auf individueller Ebene bewegen. Dagegen

1) Hueck, oHG, S. 4; Flume, S. 43

2) Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 24, und oHG, S. 3 ff.; Flume, S. 39 ff.; Teichmann, S. 146; Wiedemann, S. 10; noch weitergehend Gierke-Sandrock, S. 114, die für den Betrieb eines Handelsgewerbes nicht einmal eine Gewinnerzielungsabsicht für erforderlich halten.

3) Flume, S. 38

4) Fischer in Großkommentar HGB, § 105, Anm. 9a

5) Flume, S. 41

6) Hueck, oHG, S. 4

7) Flume, S. 43; vgl. auch Ballerstedt, a.a.O., S. 255 in einem ähnlichen Beispielfall; Fischer in Großkommentar HGB, § 105, Anm. 9

führt Hueck zutreffend weiter aus, daß als gemeinsamer Zweck der Betrieb des Unternehmens durch Vater und Sohn anzusehen sei.¹⁾

Während die wohl überwiegende Meinung in der Literatur eine Gewinnbeteiligung nicht für erforderlich hält, hat der Bundesgerichtshof diese Frage in seinem Urteil vom 13.05.1953²⁾ offengelassen.

Nach nahezu einhelliger Ansicht ist schließlich die Verlustbeteiligung der Gesellschafter nicht von konstituierender Bedeutung.³⁾

Von der definitorischen Ebene zu trennen ist jedoch die Frage, ob und inwieweit einer tatsächlich bestehenden Gewinnbeteiligung Indizwirkung für ein Gesellschaftsverhältnis zukommt.

Da die herrschende Meinung die Gewinnbeteiligung nicht als zwingendes Erfordernis betrachtet und vor allem bei BGB-Gesellschaften die Gewinnerzielung ohnehin nicht Zweck der Gesellschaft sein muß, spricht eine fehlende Gewinnbeteiligung nicht notwendig gegen die Annahme einer Gesellschaft.⁴⁾

Bei einer erwerbswirtschaftlich ausgerichteten Gesellschaft aber stellt der Ausschluß der Gewinnbeteiligung eine durchaus ungewöhnliche Vereinbarung dar⁵⁾, so daß man fast von einer Vermutung gegen eine Gesellschaft sprechen kann. Jedenfalls ist in solchen Fällen unter Hinzuziehung weiterer Umstände des Einzelfalls besonders sorgfältig zu prüfen, ob nicht eine andere rechtliche Gestaltungsform gewollt ist.

Der umgekehrte Fall, nämlich die Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses bei bestehender Gewinnbeteiligung, bringt die bereits für das amerikanische Recht besprochenen Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich. Die Beteiligung an dem Ergebnis eines Unternehmens kann ebenso gut auf einem partiarischen Darlehen oder der Gewinnbeteiligung für leitende Angestellte beruhen.⁶⁾ Dabei läßt sich durchweg die Auffassung vorfinden, daß die Gewinnbeteiligung - isoliert

1) oHG, S. 4

2) NJW 1953, S. 1548 (1549)

3) Hueck, oHG; S. 5 m.w.N.; Ausnahme: Schulze-Osterloh, S. 31

4) Vgl. Kühnle, S. 153, bezogen auf die Abgrenzung zwischen stiller Gesellschaft und partiarischem Darlehen

5) Hueck, oHG, S. 5; Flume, S. 44

6) Staudinger-Kießler, vor § 705, Rdn. 174, 175

betrachtet - für die Abgrenzung zu den genannten anderen Rechtsinstituten untauglich sei. Die Abgrenzung orientiert sich im wesentlichen an weiteren Elementen, die hinzutreten müssen, namentlich an den Kontroll- und Mitverwaltungsbefugnissen.¹⁾

Hier offenbart sich ein bedeutsamer Unterschied zum amerikanischen Recht, wo Profit Sharing einen Prima-Facie-Beweis für die Existenz einer Partnership darstellt. Die Gründe für diese Abweichung sind zum einen in der Tatsache zu suchen, daß es im amerikanischen Recht "Gesellschaften" ohne Gewinnerzielungsabsicht nicht gibt. Die Trennungslinie zu anderen Gemeinschaftsformen ist damit eindeutig gezogen. Zum anderen erklärt sich das starke Gewicht des Profit Sharing aus den Nachwirkungen der Rechtslage, die bis zur Entscheidung Cox v. Hickman verbindlich war.

Im übrigen zeigt die Diskussion im deutschen Recht noch einen weiteren Unterschied zur amerikanischen Rechtspraxis. Die Auseinandersetzung konzentriert sich mehr auf die Frage, ob die Gewinnbeteiligung zum Wesen der Gesellschaft gehört, während hinsichtlich der Brauchbarkeit der Gewinnbeteiligung als Indiz weitgehend Einigkeit besteht. In den USA liegen die Verhältnisse eher umgekehrt: Schon das System der "presumptions" und "non-presumptions" des UPA deutet darauf hin, daß den praktischen Bestimmungsproblemen anhand konkreter Tatbestände das Hauptaugenmerk gewidmet wird.

Ein anderes Gewicht hat im deutschen Recht die Verlustbeteiligung. Ihr wird bei der Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses durchweg Indizwirkung zugemessen. Allerdings ist die Gewichtung dieses Indizes unterschiedlich. Im Rahmen der Abgrenzung zwischen stiller Gesellschaft und partiarischem Darlehen bewertet Reinhardt die Verlustbeteiligung als Kriterium höher als zum Beispiel die Kontrollbefugnisse.²⁾ Ähnlich nimmt auch Würdinger an, daß in Fällen, in denen zur Gewinnbeteiligung die gemeinsame Übernahme des Verlustes hinzutritt, aus einem partiarischen Rechtsverhältnis "in der Regel" eine Zweckgemeinschaft in Form der Innengesellschaft werde.³⁾

Andererseits kann im Falle einer Verlustbeteiligung auch der Abschluß eines

1) Vgl. Staudinger-Kießler, vor § 705, Rdn. 174, 175

2) Reinhardt, S. 127, Ziff. 292

3) Würdinger, S. 76

Garantievertrages zwischen den Parteien gewollt sein. Es wird daher die Ansicht vertreten, die Verlustbeteiligung lasse jedenfalls nicht prima facie auf das Bestehen einer Gesellschaft schließen. Sie spreche aber eher für eine (stille) Gesellschaft als für einen Garantievertrag.¹⁾

Nach anderer Auffassung bietet die Verlustbeteiligung für die Abgrenzung zwischen partiarischem Rechtsverhältnis und Gesellschaft überhaupt keinen sicheren Entscheidungsanhalt.²⁾ Diese Ansicht ist meines Erachtens zu allgemein gehalten, um daraus praktische Schlüsse für die Vielfalt von Zweckgemeinschaften ziehen zu können. Die Beteiligung der einzelnen Parteien am Gewinn und Verlust ist die typische Ausgestaltung gesellschaftlicher Verbindungen. Die Verlustbeteiligung ist zum Beispiel mit der Annahme eines (partiarischen) Darlehens wesensmäßig nicht vereinbar.³⁾ Darüber hinaus kann man bei Garantieverträgen in der Regel eine besondere Motivation des Verpflichteten für die Abgabe der Garantie feststellen.⁴⁾ Fehlt eine solche Motivation bei einer Verlustbeteiligung, so stellt dies zumindest einen Hinweis in Richtung auf den Regelfall der Verlustbeteiligung, der eines Gesellschafters, dar.

Auch bei der Gewichtung der Verlustbeteiligung als Indiz für ein Gesellschaftsverhältnis offenbaren sich Abweichungen von der amerikanischen Rechtsauffassung und -praxis. Dort wird nämlich die Verlustbeteiligung - vor allem, wenn sie zusammen mit einer Gewinnbeteiligung vereinbart wird - als nahezu unwiderleglicher Hinweis auf eine Partnership angesehen.⁵⁾

D. Die Bedeutung von Kontrollrechten und Mitverwaltungsbefugnissen

Nach der Änderung der Rechtsprechung durch die Entscheidung Cox v. Hickman führt die Feststellung einer Gewinnbeteiligung nur in dem praktisch nicht vorkommenden Fall zu der Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses, daß keine der sogenannten "protected relationships" behauptet oder sonst Argumente vorgebracht werden, die gegen eine Partnership sprechen. "Profit sharing" ist in

1) So für die stille Gesellschaft Kühnle, S. 153 m.w.N.

2) Soergel-Siebert/Schultze-v. Lasaulx, vor § 705, Rdn. 14

3) Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 110; vgl. auch Koenigs, S. 30 Fn. 102

4) Vgl. Kühnle, S. 153

5) Crane and Bromberg, S. 87

allen anderen Fällen ein - wenn auch herausragendes - Indiz, das der Ergänzung durch andere Kriterien eines typischen Gesellschaftsverhältnisses bedarf.

Eine besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der anderen Erscheinungsform¹⁾ des Definitionselementes "co-ownership", den Kontroll- und Mitverwaltungsbefugnissen, zu.²⁾ Entsprechend kann man in Entscheidungen immer wieder feststellen, daß nach der Feststellung einer Gewinnbeteiligung, ohne die eine Stellung als Gesellschafter nicht denkbar ist, dem Merkmal der "control" das Hauptinteresse gewidmet wird.³⁾

I. Anforderungen an das Maß der Kontrolle

Allerdings ist nicht jede Art von Kontrolle ein sicheres Zeichen für eine Partnership. Auch bei "tenants in common"⁴⁾ besteht ein Kontrollrecht, und doch ist es einhellige Meinung, daß es sich hierbei nicht um eine Partnership handelt.⁵⁾

Es sind daher die Arten von Kontrolle herauszuarbeiten, die für eine Partnership typisch sind.

Diese Aufgabe ist von William O. Douglas in seinem bekannten Aufsatz "Vicarious Liability and Administration of Risk"⁶⁾ in Angriff genommen worden. Dabei zeigt er nicht nur Beispiele für eine praktische Anwendung auf, sondern bindet diese in eine theoretische Grundlage ein.

Nach Douglas ist "control" die Fähigkeit, im Rahmen eines Unternehmens Haftungsrisiken zu steuern und abzuwälzen, und zwar durch die Regulierung der Gewinnspanne.⁷⁾

Für dieses Ergebnis greift Douglas auf die Haftungsregeln im Bereich der Agency zurück. Danach muß der "Unternehmer" als der Verantwortliche für haftungsbegründendes Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen eintreten.⁸⁾

1) Siehe hierzu oben S. 40 f.

2) Vgl. Crane and Bromberg, S. 69/70; 59 AmJur 2d, §§ 43 und 44

3) Vgl. die in 59 AmJur 2d, § 44 zitierte Rechtsprechung

4) Miteigentumsform. Jeder Miteigentümer ist Eigentümer eines Anteils, wobei die Sache als in ideale Teile geteilt gilt. Jeder Miteigentümer kann Teilung verlangen; Parker, S. 67

5) 59 AmJur 2d, § 43

6) Yale Law Journal, Vol. 38 (1929), S. 584 ff., 720 ff.

7) a.a.O., S. 725 f.

8) Vgl. Seeliger, S. 52 f.

Seine Rechtfertigung findet diese stellvertretende Haftung (vicarious liability) in der Tatsache, daß es sich bei derartigen Haftungsfällen um Kostenpositionen im Rahmen des Unternehmens handelt. Diese Kosten gehen in die Gewinnkalkulation ein, so daß Haftungsrisiken durch die Regulierung der Gewinnspanne (Erhöhung der Preise und/oder Senkung anderer Kosten) abgefangen und im Regelfall auf den Verbraucher abgewälzt werden. Es ist daher gerade die Fähigkeit, Haftungsrisiken zu steuern, die die Haftung des Unternehmers begründet und ihn als solchen kennzeichnet.¹⁾

Diese Grundsätze lassen sich nach Ansicht von Douglas ohne weiteres auf die Haftung eines Gesellschafters übertragen, denn auch dort besteht die stellvertretende Haftung nach den Grundsätzen der Agency.²⁾ Danach ist derjenige als Mitunternehmer (= Mitgesellschafter) anzusehen, der über die Befugnis verfügt, Preise und Kosten und damit die Gewinnspanne in seinem Interesse zu regulieren.

Der Aufsatz von Douglas befaßt sich seiner Überschrift nach ("liability") nur mit dem Fall, in dem ein Dritter einen Gesellschafter wegen Gesellschaftsverbindlichkeiten in Anspruch nimmt. Die aus der Haftungstheorie gewonnenen Erkenntnisse über die typische Ausgestaltung von Kontrollbefugnissen eines Gesellschafters lassen sich jedoch selbstverständlich ebenso auf den Fall anwenden, in dem beispielsweise ein Angestellter geltend macht, Partner zu sein. Wie bei der Behandlung der verschiedenen Arten von Gewinnbeteiligungen (Darlehen auf der einen Seite, Anstellungsverhältnis auf der anderen Seite) bereits zu sehen war, spielt das Kriterium der Kontrollbefugnisse im Innenverhältnis sogar noch eine größere Rolle als bei der Haftung eines Gesellschafters Dritten gegenüber, wo der Test des Profit Sharing den maßgeblichen Einfluß auf die Entscheidung hat.

Es bestehen keine Schwierigkeiten, die Theorie von Douglas anzuwenden, wenn volle Kontrolle über Preise und Kosten besteht. Probleme treten aber dann auf, wenn die Kontrollmöglichkeit entweder in ihrer Intensität oder sachlich beschränkt ist.

Eine in ihrer Reichweite schwächere Form der Kontrolle ist bereits in dem

1) Douglas, a.a.O., S. 724

2) a.a.O., S. 722

Fall Martin v. Peyton¹⁾ aufgetreten. Dort standen den Gläubigern verschiedene Konsultations- und Vetorechte zu. Nach Auffassung von Douglas konnten die Gläubiger allerdings nicht in wirtschaftlich praktikabler Weise²⁾ Entscheidungen über Preise und Kosten treffen. Mit anderen Worten: Die Gläubiger hatten keine Kontrollbefugnisse und -möglichkeiten in der Weise, daß sie aktiv in die täglichen unternehmerischen Entscheidungen hätten eingreifen können.³⁾ Ob dies gerade im Fall Martin v. Peyton zutrifft, erscheint mir indessen zweifelhaft.⁴⁾

Die Kontrollbefugnisse können auch auf einige Preise oder bestimmte Kostenarten beschränkt sein.⁵⁾ In einem solchen Fall kommt es darauf an, ob es sich hierbei um so zentrale Positionen handelt, daß damit direkt in die Regelung der Gewinnspanne eingegriffen werden kann.⁶⁾ So verhielt es sich in der Entscheidung Southern Can Co. v. Hartlove⁷⁾:

Die Konservenfabrik P.D. Gradman & Bros. stellte Gemüsekonserven her. Für die Dauer einer Saison gewährte sie der Hartlove Packing Company das ausschließliche Recht zum Verkauf aller bei Gradman hergestellten Konserven. Ferner sollte Hartlove bei Bedarf Konserven, Kartons und Aufkleber zur Verfügung stellen und Vorschüsse für den Einkauf des Gemüses und für die Löhne leisten. Diese Vorschüsse sollten später an Hartlove zurückgezahlt werden. Beide Vertragsparteien kamen dahin überein, daß der Gewinn am Ende der Saison hälftig geteilt werde.

Hartlove wurde schließlich von einem Gläubiger von Gradman, der Southern Can Co., in Anspruch genommen mit der Begründung, dieser hafte als Mitglied einer Partnership. Hartlove wurde antragsgemäß verurteilt.

Ausschlaggebend für diese Entscheidung war die Tatsache, daß Hartlove das Recht hatte, die Gehälter und Löhne bei Gradman festzulegen. Entsprachen diese nämlich nicht seinen Vorstellungen, konnte er die Zahlung der Vorschüsse ein-

1) 158 NE 77 (1927)

2) Eine indirekte Beeinflussung von Gewinnspannen durch die Ausübung von Vetorechten wird von Douglas außer Betracht gelassen, weil sie praktisch nicht vorkomme; a.a.O., S. 731

3) Vgl. Crane and Bromberg, S. 71

4) Siehe oben S. 61 f.

5) Vgl. Douglas, a.a.O., S. 732

6) Nach Douglas die Ausübung von "strategic control"; a.a.O., S. 733

7) 136 A 624 (1927)

stellen. Da Hartlove auch das ausschließliche Verkaufsrecht hatte, kam ihm auf der anderen Seite auch die alleinige Befugnis zu, den Verkaufspreis zu bestimmen. Ferner läßt sich aus der Vereinbarung zwischen den Parteien entnehmen, daß Hartlove mittelbar weitere Kostenpositionen, nämlich die für Konserven, Kartons und Aufkleber, beeinflussen konnte.

Auf diese Weise war es Hartlove nach Auffassung des Gerichts möglich, die Gewinnspanne zu regulieren und damit Kontrolle als Mitunternehmer zu erhalten.¹⁾ Mit der alleinigen Entscheidung über die Lohnsumme konnte er den Produktionsprozeß steuern, ihn auf ein Maximum bringen oder den Ausstoß völlig stoppen. Aus der Kontrolle über den Produktionsprozeß ergab sich notwendig auch sein Einfluß auf andere Kostenpositionen, zum Beispiel den Ankauf des Frischgemüses. Wenn mangels vorhandener Arbeitskräfte nichts produziert werden kann, ist es zwecklos, Gemüse zu kaufen. Hartlove konnte daher direkt oder indirekt alle Kostenpositionen bestimmen und auf diese Weise zusammen mit der Preisbildung die Gewinnspanne nach seinen Wünschen regulieren.

Ein Fall wie *Southern Can Co. v. Hartlove*, in dem eine Partei mit der direkten Bestimmung nur weniger Kostenpositionen die "strategische Kontrolle" über ein Unternehmen ausübt, ist verhältnismäßig selten. Um eine Partnership begründen zu können, muß eine derartige mittelbare Unternehmensführung nach der Fallkonstellation auch offensichtlich sein.²⁾

Sowohl die Entscheidung *Martin v. Peyton* als auch *Southern Can Co. v. Hartlove* zeigen darüber hinaus, daß ein Kontrollrecht, mit dem nur bestimmte Geschäfte verhindert werden können, nicht ausreicht. Vielmehr ist nach allgemeiner Auffassung ein Kontrollrecht im Sinne einer "affirmative control" erforderlich³⁾, so daß bestimmte Geschäfte oder interne Geschäftsentscheidungen in Gang gesetzt werden können. Der Zwang, diese beiden Arten von Kontrolle auseinanderzuhalten, ergibt sich daraus, daß bestimmten Rechtsverhältnissen (z.B. Darlehen) Kontrollbefugnisse zu eigen sind, die sich üblicherweise in Vetorechten oder Konsultationsbefugnissen erschöpfen.

1) Douglas, a.a.O., S. 733, subsumiert auf diese Weise die Begründung des Gerichts unter seine Kriterien und stimmt der Entscheidung in vollem Umfang zu.

2) Vgl. Douglas, a.a.O., S. 733

3) Statt weiterer *Crane and Bromberg*, S. 71

Die von Douglas entwickelten Grundsätze versagen jedoch dann, wenn Kontrollbefugnisse nicht ausgeübt oder sogar ausdrücklich abbedungen werden, denn dies ist bei einer Partnership durchaus möglich.¹⁾ Rowley stellt in solchen Fällen darauf ab, ob die betreffende Person nach der Vereinbarung ein Kontrollrecht hätte, wenn es nicht ausdrücklich ausgeschlossen oder delegiert worden wäre.²⁾

Eine Handhabung dieser Regel enthält die bereits erörterte Entscheidung *Bengston v. Shain*³⁾: Bengston hat über den Betrieb der Gaststätte keinerlei Kontrolle ausgeübt, er wußte nicht einmal, wieviel der Ankauf gekostet hatte. Dennoch hielt das Gericht eine Partnership mit der Begründung für gegeben, Bengston habe ein Recht auf Kontrolle gehabt.⁴⁾

Der Fall *Bengston v. Shain* und vor allem die Auffassung Rowleys bergen die Gefahr eines Zirkelschlusses in sich.

Will man "control" als Test verwenden, so bieten sich als Anhaltspunkte nur die tatsächliche Ausübung von Kontrollbefugnissen oder eine Auslegung ausdrücklicher Parteivereinbarungen an. Fehlt es an beidem oder ist das Kontrollrecht sogar ausdrücklich abbedungen, so kann auf die Natur des Rechtsverhältnisses nur aus anderen Tests (z.B. Profit und Loss Sharing) geschlossen werden.⁵⁾ Das Recht auf Kontrolle, wie es Rowley und das Gericht im Fall *Bengston v. Shain* meinen, ist in solchen Fällen die Folge einer aus anderen Kriterien abgeleiteten Partnership.⁶⁾

Es besteht die Gefahr, daß diese Rechtsfolge wiederum als Test benutzt wird, mit dessen Hilfe das Bestehen einer Partnership festgestellt werden soll. Derartige Fehlschlüsse scheinen im Rahmen des vorliegenden Problemkreises nicht selten zu sein⁷⁾; sie sind die Folge einer unscharfen Trennung zwischen Voraussetzung und Rechtsfolge.⁸⁾

1) *Crane and Bromberg*, S. 70; *Claude v. Claude*, 228 P 2d 776, 784 (1951): "Where other elements necessary to establish a partnership are present, it is not necessary that there should be joint control or that the rights of the parties to the control of the business should be equal."

2) a.a.O., S. 173 f.

3) 255 P 2d 892 (1953)

4) a.a.O., S. 896

5) So ist z.B. im Fall *Bengston v. Shain* aus der Schankkonzession und dem Buchprüfungsbericht eine "intention" der Parteien entnommen worden.

6) Vgl. *Claude v. Claude*, 228 P 2d 776, 784 (1951)

7) Siehe z.B. *Crane and Bromberg*, S. 87 f.

8) Dieser Unterschied wird von Douglas, a.a.O., S. 725, klar gesehen und auf dem Boden seiner Unternehmer-Theorie aufgezeigt.

II. Die Bedeutung von Kontrollbefugnissen im deutschen Recht

Die Kontroll- und Mitverwaltungsbefugnisse, die im amerikanischen Recht in den Oberbegriffen "co-ownership" bzw. "community of interest" enthalten sind, werden im deutschen Recht von dem Definitionselement der "gemeinschaftlichen Zweckverfolgung" umfaßt.

Während im amerikanischen Recht die Kontrolle zwar bedeutsam, "profit sharing" aber ungleich signifikanter ist, hat im deutschen Recht die gemeinschaftliche Zweckverfolgung bei der Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses zentrale Bedeutung.¹⁾

Allerdings besteht im deutschen Recht Uneinigkeit hinsichtlich der Verwendbarkeit des Kriteriums und der Anforderungen an seine Reichweite.

Die herrschende Meinung²⁾ sieht in den Kontrollrechten ein wichtiges Abgrenzungsindiz, namentlich für den Unterschied zwischen stiller Gesellschaft und partiarischem Rechtsverhältnis (z.B. Darlehen). Es wird der Grundsatz aufgestellt: "Je umfangreicher sie (die Kontrollrechte) sind, desto mehr spricht das für eine stille Gesellschaft."³⁾ Dabei werden vielfach Einschränkungen im Hinblick auf die Tatsache vorgenommen, daß auch Gläubiger sich in der Regel Kontrollbefugnisse einräumen lassen, indem sie zum Beispiel Beauftragte in einen Beirat entsenden oder Vorlage von Buchführungsunterlagen verlangen.⁴⁾

Dagegen hält Kühnle die Kontrollbefugnisse als Indiz für völlig ungeeignet. Aus seinen Ausführungen läßt sich entnehmen, daß er die entgegenstehende herrschende Meinung für einen Zirkelschluß hält. Da Kontrollrechte sowohl beim Darlehensvertrag als auch bei einer Gesellschaft bestehen können, seien sie nur dann als Indiz brauchbar, wenn zuvor festgestellt sei, ob sie Ausdruck einseitiger

1) Ballerstedt, a.a.O., S. 253

2) Lehmann-Dietz, S. 219 m.w.N.; Soergel-Siebert/Schultze-v. Lasaulx, vor § 705, Rdn. 14, 15; Staudinger-Keßler, vor § 705, Rdn. 174, 175; in negativer Hinsicht RGZ 57, 175 (177); 141, 143 (145); Schafheutle, S. 26 ff., insbesondere S. 30, wobei sich aus seinen Ausführungen ergibt, daß die Rechtsfolgen der Gesellschaft als Indiz benutzt werden.

3) Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 111

4) Vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 111; sehr zurückhaltend auch Koenigs, S. 32 f.; für den Bereich der partiarischen Dienstverhältnisse Schafheutle, S. 26 f.

Sicherung oder einer Zweckgemeinschaft sind. Dann aber sei die Kernfrage bereits gelöst.¹⁾

Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, daß sie das Kriterium "Kontrolle" isoliert betrachtet und auf diese Weise zu unzulässigen Verallgemeinerungen kommt. Für die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses kann es durchaus einen brauchbaren Hinweis darstellen, wenn beispielsweise die tatsächliche Ausgestaltung der Kontrollmöglichkeiten im Zusammenspiel²⁾ mit den übrigen Umständen des Falles eine für einen Darlehensgeber ungewöhnlich weitreichende Integrierung in das unternehmerische Geschehen mit sich bringt.³⁾

Für den Komplex der Mitverwaltungsrechte⁴⁾ vertritt auch Kühnle eine differenzierte Auffassung. Während die herrschende Meinung nicht scharf zwischen Kontroll- und Mitverwaltungsbefugnissen trennt⁵⁾ und auch für letztere eine Art quantitative Abstufung vornimmt⁶⁾, teilt Kühnle sie auf in positive und negative Verwaltungsrechte.⁷⁾ Bei den negativen Verwaltungsrechten (z.B. dem Vetorecht) vermißt er einen Unterschied zu dem normalen Sicherungsinteresse eines Darlehensgebers und lehnt sie als Indiz ab. Dagegen ließen positive Verwaltungsrechte durchaus den Schluß zu, daß es dem Geldgeber darum gehe, über eine Sicherung der Finanzierung hinaus den Gang des Unternehmens mitzubestimmen.⁸⁾

Die Parallele dieser Betrachtungsweise zu der amerikanischen Rechtsauffassung ist unübersehbar.⁹⁾

Aber auch diese Differenzierung vollzieht Kühnle noch zu schematisch. Man muß erkennen, daß es Fallgestaltungen gibt, in denen bereits durch eine geschickte Platzierung der Vetorechte durch einen Gläubiger aktiver Einfluß auf die Unternehmensführung ausgeübt werden kann.¹⁰⁾ Meines Erachtens ist daher

1) a.a.O., S. 160

2) Für eine Gesamtbetrachtung auch Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 110; Lehmann-Dietz, S. 219; Soergel-Siebert/Schultze-v. Lasaulx, vor § 705, Rdn. 14

3) So auch Koenigs, S. 33

4) Diese werden im amerikanischen Recht unter dem Sammelbegriff "control" ebenfalls erfaßt.

5) z.B. Staudinger-Keßler, vor § 705, Rdn. 175; Schafheutle, s. 30

6) Vgl. Lehmann-Dietz, S. 219

7) Kühnle, S. 161

8) Kühnle, S. 162; so auch Koenigs, S. 31

9) Siehe oben S. 77

10) Ein treffendes Beispiel hierfür ist im amerikanischen Recht der Fall Martin v. Peyton; vgl. auch Reinhardt, S. 127, Rdn. 292.

eine Untersuchung und Bewertung jeder einzelnen Fallgestaltung unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Auswirkungen erforderlich. Die Bewertungsspielräume für die Gerichte sind dabei beachtlich.¹⁾ Will man aber den Erfordernissen und den gestalterischen Variationen des Wirtschaftslebens gerecht werden, ist die wertende Entscheidung im Einzelfall unerlässlich.

1) Vgl. H.P. Westermann, S. 316, wonach die Abgrenzung zwischen stiller Gesellschaft und partiarischem Darlehen nur noch gefühlsmäßig möglich sei; Koenigs, S. 33: "hart an der Grenze des Zufälligen"

Teil IV

Die Bedeutung des Willensmomentes für die Feststellung eines Gesellschafts- verhältnisses

Die subjektiven Elemente für das Zustandekommen einer Gesellschaft - im amerikanischen Recht mit dem Begriff "intention" gekennzeichnet - werden bewußt nicht auf einer Stufe mit "profit sharing" und "control" behandelt, sondern in einem eigenen Abschnitt.

A. Doppelfunktion der "intention"

Die gesonderte Betrachtung des Willensmerkmals rechtfertigt sich nicht nur daher, daß es die subjektive Ergänzung zu den übrigen objektiven Tatbestandsmerkmalen darstellt. Vielmehr nimmt die "intention" auch eine Zwitterstellung zwischen einem "test" als tatsächlichem Kriterium und der Ebene der Definition ein.

In der Literatur¹⁾ und auch in weiten Teilen der Rechtsprechung²⁾ wird die Absicht der beteiligten Personen als Test zur Feststellung einer Partnership angesehen. In diesem Zusammenhang findet sich dann vielfach die Ergänzung, daß die "intention" ihrerseits wieder aus den Umständen des Falles, dem Verhalten der beteiligten Parteien und ihren Äußerungen Dritten gegenüber abgeleitet werden müsse.³⁾ Dabei werden als Grundlage zur Ermittlung der "intention" andere Tests, wie etwa die Kontroll- und Mitverwaltungsbefugnisse, herangezogen.⁴⁾

Diese Vermischung der verschiedenen Ebenen der Schlußfolgerungskette wird allerdings in der Regel nicht besonders kenntlich gemacht. Es lassen sich lediglich Unterschiede in der Gewichtung dieses Merkmals feststellen, aus denen man

1) 59 AmJur 2d, § 40

2) Siehe die Zitate in Notes of Decisions Ziff. 53 zu UPA § 7, Uniform Laws Annotated, S. 26

3) 59 AmJur 2d, § 40; Claude v. Claude, 228 P 2d 776, 783 (1951); 68 C.J.S., § 10

4) z.B. C.I.R. v. Culbertson, 337 US 733, 742 (1949); Kerr, S. 706

mit einiger Vorsicht entnehmen kann, ob der betreffende Verfasser sich auf der Ebene der Einzelkriterien oder der davon induktiv abgeleiteten Ebene der definitorischen Abstraktion befindet. So wird teilweise die "intention" als ein - keineswegs zwingender - Test unter mehreren anderen angesehen¹⁾, teilweise aber auch als das herausragende Kriterium.²⁾

Darüber hinaus kommt dem Willensmerkmal die Funktion zu, all diejenigen Rechtsinstitute auszuklammern, die zwar ähnlich strukturiert sind wie die Partnership, aber nicht auf vertraglicher Vereinbarung beruhen.³⁾

Nachdem die Gewinnbeteiligung lange Zeit als allein ausschlaggebendes Kriterium zur Feststellung einer Partnership gegolten hatte, ist die "intention" erst durch die Entscheidung Cox v. Hickman⁴⁾ mehr in das Blickfeld der Untersuchungen getreten.⁵⁾ Es wurde nunmehr erforderlich, die rechtlichen und wirtschaftlichen Absichten der Parteien zu erforschen, um eine Qualifizierung des jeweiligen Rechtsverhältnisses vornehmen zu können.

Der UPA hat schließlich den Vertragswillen auch gesetzlich einbezogen; man entnimmt ihn dem Begriff "association"⁶⁾, der eine freiwillige Vereinbarung erfordert und eine entsprechende Absicht der Parteien voraussetzt.⁷⁾

B. Die Gewichtung des Vertragswillens in der Rechtsanwendung

Wenn auch keine Zweifel mehr an der Notwendigkeit einer Art "Absicht" der Parteien bestehen, so interessiert doch die Frage, wie das Merkmal inhaltlich ausgestaltet ist. Die Beantwortung dieser Frage läßt Rückschlüsse darauf zu, welchen Stellenwert die vertragliche Komponente der Gesellschaft im amerikanischen Recht einnimmt. Je geringer die Anforderungen an die Konkretisierung des Handlungswillens sind, desto mehr muß man davon ausgehen, daß das Ent-

1) Fenwick v. Unemployment Compensation Commission, 44 A 2d 172 (1945)

2) Siehe die Übersicht bei 59 AmJur 2d, § 40 Fn. 12; siehe auch Barrett and Seago, S. 32

3) z.B. tenancies; vgl. 59 AmJur 2d, § 37; Crane and Bromberg, S. 39

4) L.R. 8 HLC 267 (1860)

5) Barrett and Seago, S. 32

6) 59 AmJur 2d, § 40

7) Crane and Bromberg, S. 39; Reuschlein/Gregory, S. 249

stehen einer Partnership nicht ausgehend von der vertraglichen Begründung, sondern eher vom Erscheinungsbild der im Rechts- und Wirtschaftsleben handelnden Organisation überprüft wird.

In der amerikanischen Literatur und Rechtsprechung findet man zu diesem Problem allgemein die Feststellung, es sei das Kriterium in seiner Ausformung als "legal intent" der Beteiligten zu berücksichtigen.¹⁾ Was darunter zu verstehen ist, wird dann deutlich, wenn die Parteien entweder ausdrücklich ihre Beziehung rechtlich qualifiziert haben oder umgekehrt mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung kein konkreter Rechtsfolgewillen festzustellen ist.

Ganz überwiegend wird es als nicht maßgeblich angesehen, ob die Beteiligten ihre Vereinbarung als "partnership agreement" bezeichnen oder umgekehrt ausdrücklich bestimmen, daß ihre Rechtsbeziehung nicht als Partnership aufzufassen sei.²⁾ Es gelte, hinter die Kulissen zu schauen und nach der wahren Natur des Rechtsverhältnisses zu fragen.³⁾ Dabei seien die ausdrücklichen Vereinbarungen in ihrer Gesamtheit sowie die tatsächlichen Umstände zu würdigen.⁴⁾

Einige bekannte Fälle, die in diesen Zusammenhang gehören, sind bereits erörtert worden.

In *Fenwick v. Unemployment Compensation Commission*⁵⁾ hieß es in dem schriftlichen Vertrag unter Ziff. (1): "That the parties associate themselves into a partnership to commence January 1, 1939." Der Begriff "partnership" wurde in dem Vertrag noch öfter gebraucht. Da aber weder der schriftliche Vertrag noch gar das Verhalten der Beteiligten auf etwas anderes als die Fortsetzung des bisherigen Arbeitsverhältnisses schließen ließen, wurde der Verwendung des Begriffs keine Bedeutung beigemessen.⁶⁾ Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß in den sogenannten "Anstellungsfällen" mehr als bei einem Darlehen mit Gewinnbeteiligung die äußeren Formen hinterfragt werden. Im konkreten Fall mag auch die Tatsache, daß es um die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen ging, zu einer besonders kritischen Prüfung der wahren Absicht Anlaß gegeben haben.

1) 68 C.J.S., § 10; Sugarman, S. 48

2) 68 C.J.S., § 10; 59 AmJur 2d, §§ 40 und 41

3) Vgl. *Martin v. Peyton*, 158 NE 77 (1927); 59 AmJur 2d, § 41

4) 68 C.J.S., § 10

5) 44 A 2d 172 (1945)

6) a.a.O., S. 174

Im Fall *Martin v. Peyton*¹⁾ bestimmte eine der drei getroffenen Vereinbarungen ausdrücklich, daß die Kreditgeber nicht als Partner angesehen oder behandelt werden sollten. Auch die übrigen Bestimmungen zeigten ganz klar die Absicht, die Rechtsfolgen der Partnership zu vermeiden. Das Gericht hätte es damit bewenden lassen können, diese rechtliche Qualifizierung zu akzeptieren. Doch es stellte sich auf folgenden Standpunkt: "It may be a mere sham intended to hide the real relationship. Then other results follow. In passing upon it, effect is to be given to each provision. Mere words will not blind us to realities. Statements that no partnership is intended are not conclusive. If as a whole a contract contemplates an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit, a partnership there is." Erst nach einer eingehenden Untersuchung aller Vertragsbestimmungen im Zusammenhang kam das Gericht schließlich zu dem Ergebnis, daß keine Partnership gegeben sei.

Auch in dem Fall *Southern Can Co. v. Hartlove*²⁾ hatten die Vertragsparteien ausdrücklich ihre Absicht niedergelegt, keine Partnership bilden zu wollen. Aufgrund der Untersuchung der wirtschaftlichen Hintergründe, insbesondere der "strategischen Kontrolle", kam das Gericht aber zu dem gegenteiligen Schluß.

Angeichts dieser Behandlung von Absichtserklärungen der Parteien durch die Rechtsprechung kann man kaum noch davon ausgehen, daß die Verwendung bestimmter Begriffe in Verträgen einen Hinweis auf die Natur des Rechtsverhältnisses darstellt.³⁾ Hinter den Begriffen verbirgt sich nämlich oft die Absicht, die nachteiligen Haftungsfolgen der Partnership zu vermeiden oder bestimmte Vorteile der Gesellschaftsform auszunutzen.⁴⁾ Darüber hinaus kann man feststellen, daß in Verträgen, die ohne Mithilfe eines Rechtsberaters konzipiert worden sind, Begriffe falsch verwendet werden.⁵⁾ Es wird daher nur dann auf die Bezeichnung des Rechtsverhältnisses durch die Parteien ankommen, wenn die übrigen Vertragsbestimmungen und die Umstände des Falles keine eindeutige rechtliche Qualifizierung ermöglichen würden.⁶⁾

1) 158 NE 77 (1927)

2) 136 A 624 (1927)

3) 68 C.J.S., § 10, S. 417 (m.w.N.) hält zumindest die Erklärung, keine Partnership zu wollen, im Innenverhältnis für entscheidend.

4) *Fenwick v. Unemployment Compensation Commission*, 44 A 2d 172 (1945) gehört wohl in diese Kategorie.

5) *Crane and Bromberg*, S. 40

6) 68 C.J.S., § 10, S. 417; *Crane and Bromberg*, S. 42

Vielfach ist es aber so, daß weder schriftliche noch mündliche Vereinbarungen existieren, ja die Parteien sich nicht einmal Gedanken über die Art ihrer Rechtsbeziehung gemacht haben.¹⁾ Ein konkreter Rechtsfolgewillen im Hinblick auf das Rechtsinstitut "partnership" ist in solchen Fällen nicht festzustellen.

Besonders dann zeigt sich die Bedeutung des Ausdrucks "legal intent": Nach einhelliger Meinung kommt es nur darauf an, ob sich die Parteien willentlich in einer Weise betätigen, die von Rechts wegen eine Partnership begründet.²⁾ Es ist unerheblich, ob sie sich der konkreten rechtlichen Bedeutung ihres Tuns bewußt waren.³⁾ "It is the intent to do the things which constitute a partnership that usually determines whether or not that relationship exists between the parties."⁴⁾ Erklärend wird gelegentlich hinzugefügt, die Rechtsordnung stelle die Vermutung auf, daß die Parteien die rechtlichen Konsequenzen ihrer freiwilligen Handlungen und Verträge gewollt hätten.⁵⁾ Unverkennbar enthält die Prüfung der "intention" daher nicht nur eine Feststellung des tatsächlichen Willens, sondern auch ein Element der Wertung im Hinblick auf die zu ziehenden rechtlichen Folgerungen.

Dabei sind die Anforderungen an den rechtlich erheblichen Willen der Parteien recht gering. Deutlich zeigt dies der Fall *Zajac v. Harris*⁶⁾: Zajac war Inhaber eines Betriebes, bestehend aus Garage, Autoverwertung, Tankstelle und Einzelhandelsgeschäft. Über einen Zeitraum von etwa zwei Jahren betätigte sich Harris ebenfalls in der Autoverwertung. Dabei kauften Z. und H. Unfallfahrzeuge auf, die sie entweder für den Verkauf reparierten oder ausschlachteten. Über die rechtliche Qualifizierung ihrer Zusammenarbeit machten sie sich keine Gedanken. Sie schalteten weder einen Anwalt ein noch legten sie ihre Vereinbarung schriftlich nieder. Es war vereinbart und wurde auch so praktiziert, daß H. ein Viertel der Erlöse aus den von ihm getätigten Verkäufen erhielt und im übrigen die Gewinne hälftig geteilt wurden. Von einem Darlehen in Höhe von \$ 9.000 kaufte

1) Reuschlein/Gregory, S. 424

2) Sugarman, S. 48 und 58; Crane and Bromberg, S. 39; Reuschlein/Gregory, S. 423; 68 C.J.S., § 10, S. 416 f.

3) 59 AmJur 2d, § 40; Ramos v. Pacheco, 148 P 2d 704, 708 (1944); California Employment Stabilization Commission v. Walters, 149 P 2d 17, 19 (1944)

4) Associated Piping and Engineering Co. v. Jones, 61 P 2d 536, 538 (1936)

5) Sugarman, S. 58

6) 410 SW 2d 593 (1967)

H. ferner selbst Fahrzeuge, eine Tatsache, die Z. zumindest bekannt war.

Mit seiner Klage gegen Z. auf Rechnungslegung war H. in beiden Instanzen erfolgreich.

Z. vertrat demgegenüber in dem Verfahren die Auffassung, H. sei lediglich sein Angestellter gewesen. Sein Argument, er sei nicht damit einverstanden gewesen, daß H. von eigenem Geld Fahrzeuge kaufte, hielt das Gericht für unerheblich angesichts der Tatsache, daß H. derartige Aufwendungen getätigt hatte und Z. davon wußte.

Z. legte weiter Wert auf die Feststellung, daß H. an der Geschäftsführung nicht beteiligt war, vielmehr Behörden und Geschäftspartnern gegenüber als Angestellter ausgegeben wurde. Da H. weder lesen noch schreiben konnte und somit nicht in der Lage war, die Geschäftsführung zu überwachen oder gar auszuüben, konnte Z. auch mit diesem Einwand nicht durchdringen.

Von Einfluß auf die Entscheidung war schließlich auch der Umstand, daß H. auch eine Gewinnbeteiligung aus den Verkäufen erhielt, die Z. getätigt hatte.

Die Entscheidung betont zwar die "intention" der Parteien als "ultimate question", geht aber in bemerkenswerter Weise über die - zumindest behauptete - Willensäußerung von Z. hinweg. Dieser war gerade nicht damit einverstanden, daß H. von eigenem Geld Fahrzeuge kaufte, was als Einlage zu werten war und auch sonst zu einem Status als Angestellter in Widerspruch stand. Er hat in dem Verkehr mit Dritten zum Ausdruck gebracht, daß er H. als Angestellten behandelt wissen wollte. Der Fall *Zajac v. Harris*, der - soweit ersichtlich - keineswegs angegriffen wird¹⁾, basiert daher ausschließlich auf dem tatsächlichen Geschäftsgebaren der Parteien ohne Rücksicht auf entgegenstehende Willensäußerungen.

Crane and Bromberg bemerken zu derartigen Fallgestaltungen: "Since the defendant in a partnership-existence case typically testifies that he had no intent of becoming a partner, and probably feels (if he loses) a victim of involuntary servitude, the stress on volition looks contrived."²⁾

Zusammenfassend läßt sich am Element der "intention" besonders gut eine

1) Lattin, Jennings, Buxbaum, S. 14 führen den Fall als Beispiel unter der Überschrift "The Essential Elements of a Partnership" auf.

2) Crane and Bromberg, S. 39

für die amerikanische Rechtspraxis kennzeichnende Divergenz darstellen: Einerseits wird die vertragliche Grundlage für das Entstehen einer Partnership grundsätzlich betont. Dies bedeutet auf der anderen Seite allerdings nicht, daß vertraglichen Erklärungen der Parteien eine besondere Bedeutung für die Entscheidungsfindung zukommt. Diese werden vielfach mit Hilfe des Kriteriums "legal intent" korrigiert oder in ihr Gegenteil verkehrt. Entscheidend ist danach nicht, wie die Parteien ihr Rechtsverhältnis bezeichnen, sondern was aus der Sicht des Richters unter Berücksichtigung der tatsächlichen Ausgestaltung der Rechtsbeziehung als "wahrer Wille" gewertet wird.¹⁾

C. Anforderungen an den Rechtsgeschäftswillen im deutschen Recht

Nach wohl einhelliger Meinung im deutschen Recht stellt das Element der gemeinschaftlichen Zweckverfolgung den Mittelpunkt aller Untersuchungen zum Zwecke der Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses dar.²⁾ Nimmt man hinzu, daß die vertragliche Begründung einer Gesellschaft³⁾ bis auf wenige Ausnahmen von Rechtsprechung und Literatur als unabdingbar angesehen wird, sollte man erwarten, daß an das Willensmoment sehr strenge Anforderungen gestellt werden.

Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur wird jedoch überwiegend der konkrete Wille, eine Gesellschaft im Rechtssinne zu gründen, nicht verlangt.⁴⁾ Nach Westermann reicht es aus, wenn die Beteiligten ein Verhalten zeigen, das die Bedingungen der oHG herstellt, um den Abschluß eines oHG-Vertrages im Wege schlüssigen Verhaltens festzustellen.⁵⁾

Es besteht somit vielfach eine Inkongruenz zwischen dem aktuellen Vertragswillen der Parteien und den daraus abgeleiteten Rechtsfolgen. Dabei bleibt offen, wie diese Inkongruenz dogmatisch bewältigt werden kann: Wird bei einem bestimmten Verhalten ein rechtlich eindeutig zu qualifizierender Vertragswille un-

1) Vgl. v. Sinner, S. 21 f.

2) Ballerstedt, a.a.O., S. 253

3) Dies gilt auch für die vertragliche Festlegung des gemeinsamen Zwecks, die damit verbunden ist; vgl. Westermann, Handbuch I, Rdn. 9; Staudinger-Keßler, vor § 705, Rdn. 29

4) Fischer in Großkommentar HGB, § 105 Rdn. 48; diese Tatsache wird von Schmidt, S. 170 als "erstaunlich" bezeichnet.

5) Westermann, Handbuch I, Rdn. 77

terstellt¹⁾, werden die Anforderungen an den subjektiven Tatbestand einer Willenserklärung beschränkt oder ist gar in Wahrheit das Vertragserfordernis obsolet?²⁾

Die Rechtsprechung hält an der allgemeinen Rechtsgeschäftsdogmatik fest, wobei sie dazu neigt, in Notfällen einen rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien zu unterstellen. An der Grenze zur Fiktion befindet sich der BGH in seiner Entscheidung vom 29.11.1956³⁾: Ein Mann, seine Ehefrau und seine Schwiegermutter waren an der Rohfaser GmbH in G. beteiligt, die keinen Geschäftsbetrieb mehr unterhielt. Gleichzeitig führten sie ein Unternehmen in M. mit der Bezeichnung "Rohfa, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Rohfleischversand und Fabrikation", ohne daß dort in irgendeiner Form eine Eintragung im Handelsregister vorgenommen oder beabsichtigt war. Von einem Gläubiger in Anspruch genommen, vertraten die Beklagten die Auffassung, die Rohfa sei eine Zweigniederlassung der Rohfaser GmbH.

Obwohl die Beklagten des Rechtsstreits überhaupt keine neue Gesellschaft gründen und ihr Unternehmen in Form einer GmbH betreiben wollten, kam der BGH zu dem Ergebnis, daß sie eine neue oHG gegründet hätten. Der entgegenstehende Wille sei unbeachtlich, "da objektiv die Voraussetzungen für die offene Handelsgesellschaft gegeben sind"⁴⁾. Bezeichnend ist ein weiterer Satz in der Urteilsbegründung: " ... darin, daß sie in M. einen gemeinsamen Geschäftsbetrieb aufgrund ihres bestehenden gesellschaftlichen Zusammenschlusses eröffneten, lag notwendigerweise der Abschluß eines neuen, auf den Betrieb einer offenen Handelsgesellschaft gerichteten Vertrages."⁵⁾

Da der BGH auch für die Begründung von Gesellschaften an der Rechtsgeschäftslehre festhalten wollte, mußte er "notwendigerweise" den fehlenden bzw. entgegenstehenden aktuellen Vertragswillen der Parteien durch einen aus den objektiven Umständen entnommenen "Willen" ersetzen. Die Ersetzung des Willenselementes bezog sich dabei nicht nur auf die Frage, ob überhaupt eine Gesellschaft gegründet werden sollte, sondern auch auf die Gesellschaftsform. Dabei wies der BGH darauf hin, daß man sich zum Betrieb eines vollkaufmänni-

1) So z.B. Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 61

2) Zu dieser Fragestellung Schmidt, S. 175 f.

3) BGHZ 22, 240

4) a.a.O., S. 245

5) a.a.O., S. 243

schen Handelsgewerbes nur der vorgegebenen Gesellschaftsformen bedienen könne.

Einen anderen Weg als Rechtsprechung und Teile der Literatur¹⁾ beschreitet Karsten Schmidt. Nach seiner Auffassung ist die Inkongruenz zwischen Wille und Rechtsfolge dogmatisch zu bewältigen, indem die Anforderungen an den Rechtsfolgewillen beschränkt werden. Bestimmte Rechtsfolgen brauchen nicht vom Rechtsfolgewillen umfaßt zu werden, wobei die Inkongruenz so weit gehen könne, daß das gewohnte Erscheinungsbild von Willenserklärung und Vertrag weitgehend verkümmere.²⁾ Schmidts Überlegungen münden in den Satz: "Es bedarf des Merkmals einer gewollten Mitunternehmerschaft, also des betätigten Willens, gemeinsam, auch mit Wirkung nach außen, Träger eines gemeinschaftlichen Unternehmens zu sein."³⁾

Damit befindet sich Schmidt in großer Nähe zu den heutigen Vertretern der Lehre von der faktischen Gesellschaft.

Ein näheres Eingehen auf die verschiedenen Erklärungsansätze erscheint nicht erforderlich. Für die Zwecke dieser Arbeit genügt die Feststellung, daß im Ergebnis und - was die Vernachlässigung des aktuellen Parteiwillens angeht - auch in der Darstellung große Ähnlichkeit zu dem Prinzip der "legal intention" im amerikanischen Recht besteht. Besonders die Parallelität zwischen der Entscheidung BGHZ 22, S. 240 und dem Fall *Zajac v. Harris* ist unverkennbar.

Über diese Feststellung hinaus ist ein unmittelbarer Vergleich mit den skizzierten dogmatischen Begründungen im deutschen Recht nur ansatzweise möglich. Es wirkt sich hier der Umstand nachteilig aus, daß amerikanische Entscheidungen in der Regel keine allgemeinen dogmatischen Überlegungen, sondern nur eine auf den konkreten Fall bezogene Rechtsansicht enthalten. Nach den untersuchten Fällen scheint es jedoch so zu sein, daß überwiegend auf der Grundlage einer Beschränkung des Rechtsfolgewillens gearbeitet wird.⁴⁾ Es gibt jedoch

1) z.B. Westermann, Handbuch I, Rdn. 77, der auf BGHZ 22, 240 verweist

2) Schmidt, S. 184

3) a.a.O., S. 185; vgl. auch Fischer, Faktische Gesellschaft, S. 849

4) Vgl. 59 AmJur 2d, § 40; 68 C.J.S., § 10; vgl. auch California Employment Stabilization Commission v. Walters, 149 P 2d 17, 19 (1944); besonders deutlich Ramos v. Pacheco, 148 P 2d 704, 708 (1944): "Not even a knowledge of the legal effect of their acts on the part of the partners themselves is essential to the creation of a partnership."

auch andere Auffassungen. So behauptet Sugarman: "The law presumes that the parties intend the legal consequences of their voluntary acts and contracts."¹⁾ Eine weitergehende Auseinandersetzung mit den sehr unterschiedlichen Begründungsmöglichkeiten für die "legal intention" findet, soweit ersichtlich, im amerikanischen Recht nicht statt.

1) Sugarman, S. 58

Teil V

Die Bedeutung von Willenserklärung und Vertragsvollzug für die Feststellung einer Personengesellschaft unter Berücksichtigung der materiellen Kriterien

Im Teil II ist die vertragliche Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses untersucht worden, insbesondere die Frage, ob es überhaupt eines Vertragsschlusses bedarf. Dabei hat sich für beide Rechtsordnungen eine eindeutig herrschende Meinung feststellen lassen, die auf dem Erfordernis des Vertragsschlusses bestand.

Bei der sich anschließenden Betrachtung der einzelnen Kriterien für die Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses zeigte sich für das amerikanische Recht aber schon, daß die Rechtspraxis sich durchaus nicht mit Auslegungen des Gesellschaftsvertrages oder seinen eventuellen Mängeln aufhält.¹⁾ Vielmehr bedient man sich der Tests des Common Law, um anhand des Erscheinungsbildes der Vereinigung auf ihre Rechtsnatur zu schließen.

Das deutsche Recht bedient sich derartiger konkreter Kriterien weitaus zurückhaltender. Sie dienen hauptsächlich als Hilfsmittel, um die Gesellschaft von benachbarten Rechtsinstituten abzugrenzen. Es ergeben sich jedoch Ähnlichkeiten zum amerikanischen Recht bei der Bewertung des subjektiven Entstehungstatbestandes. Die im deutschen Recht herrschende Auffassung zur Möglichkeit und zu den Voraussetzungen eines stillschweigenden Vertragsabschlusses, speziell in Karsten Schmidts Ausformung als Verkürzung des Erklärungstatbestandes, deckt sich in weiten Teilen mit den Anforderungen an die "legal intention" im amerikanischen Recht.

Die offenbare Diskrepanz zwischen der Betonung des Vertragselementes auf der einen und der Feststellung der Partnership unter Vernachlässigung der erklärten Absichten der Vertragsparteien auf der anderen Seite fordert die Frage heraus, welche Bedeutung den Willenserklärungen und damit auch dem Vertragselement in der amerikanischen Rechtspraxis tatsächlich zukommt.

1) Vgl. Seeliger, S. 29

A. Die Bewertung des Gesellschaftsvertrages im amerikanischen Recht

Schon bei der Untersuchung der Tests der Gewinnbeteiligung und der Kontrollrechte und insbesondere in der Korrektur des geäußerten Vertragswillens der Parteien durch das rechtlich wertende Element "legal intent" wurde die Tendenz erkennbar, bei der Feststellung einer Partnership nicht von einer Auslegung etwaiger Willenserklärungen, sondern von dem tatsächlichen Erscheinungsbild der Rechtsbeziehung auszugehen.

Allerdings läßt sich in den Vereinigten Staaten keine dogmatische Auseinandersetzung zu der Frage vorfinden, welche Bedeutung der Vertragsschluß für die Begründung einer Partnership hat. Abgesehen von den in dieser Arbeit bereits gewonnenen Resultaten ergeben sich Hinweise in Richtung auf eine Vernachlässigung des Vertragselementes lediglich aus eher beiläufigen Bemerkungen und aus der speziellen Behandlung einiger Einzelprobleme.

I. Argumentationsweise und Begriffswahl als Hinweise für die Vernachlässigung des Vertragselementes

Erkennbar ist die Tendenz des amerikanischen Rechts bereits an Äußerlichkeiten, nämlich an der Argumentationsweise bei der Feststellung einer Partnership und an den für die Beschreibung der Rechtsform verwendeten Begriffen.

Die von mir untersuchten amerikanischen Entscheidungen stellen in ihrer Begründung zumeist eine Definition der Partnership voran und betonen die Notwendigkeit ihrer vertraglichen Begründung. Andererseits kommt kaum¹⁾ eines dieser Urteile in irgendeiner Weise subsumierend auf den Vertragsschluß zurück. Das vertragliche Element wird überwiegend darauf reduziert, daß man im Rahmen der Tests zur Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses auf die "intention" der Parteien zurückgreift. Als Beispiel für diesen Argumentationsstil soll der Fall *Eder v. Reddick*²⁾ dienen. Dort wird zunächst betont: "A contract of partnership, either express or implied, is essential to the creation of the partnership

1) Ausnahme z.B. *Sheridan v. LeQuire*, 15 So. 2d 118 (1943), eine Entscheidung aus Louisiana, wo sich der Einfluß kontinentaleuropäischen Rechts stark bemerkbar macht (vgl. v. Sinner, S. 8)

2) 278 P 2d 361 (1955)

relationship."¹⁾ Ferner wird eingehend anhand der Definition dargelegt, auf welche Elemente sich der Vertrag beziehen muß. Die Entscheidung fährt dann fort: "Whether a partnership contract has come into existence depends, as in the case of other contracts, on the intention of the parties, this intention to be manifested by the conduct, statements, and writings of the parties."²⁾ Damit ist die Brücke zu den Tests geschlagen; die Voraussetzungen des Vertragsschlusses werden von dem Gericht nicht mehr erwähnt.

Die Formulierung aus Eder v. Reddick zeigt auch deutlich, welchen Stellenwert das Vertragserfordernis hat: Es ist unumgänglich für die Begründung einer Partnership, im Rahmen der Feststellung der Rechtsbeziehung und ihrer Charakterisierung in der Praxis aber unwesentlich.³⁾ Nach Ansicht von Crane and Bromberg stellt der Gesellschaftsvertrag daher auch nur ein Nebenprodukt der für eine Partnership wichtigen Elemente dar.⁴⁾

Wie beschränkt darüber hinaus die Bedeutung des Vertragswillens (intention) für die Feststellung des Gesellschaftsverhältnisses ist, wurde bereits oben aufgezeigt.⁵⁾

Es überrascht daher nicht, daß die Partnership trotz einiger Kritik⁶⁾ durchaus geläufig als "Status" bezeichnet wird.⁷⁾ Auch rechtsvergleichend wird der Institutionscharakter der "Personal Business Associations" – so der gewählte Oberbegriff – hervorgehoben.⁸⁾ Diese Sicht soll an zwei Zitaten verdeutlicht werden. In der Entscheidung Lang v. Hexter⁹⁾ heißt es: "In law we regard the word 'partnership' in its technical signification as expressive of a relationship arising from the contractual existence of certain factual conditions and circumstances." Und Mechem betont, Partnership sei "rather the result of the contract than the contract itself; it is the relation or association which the contract creates."¹⁰⁾

1) a.a.O., S. 365

2) a.a.O., S. 366

3) Vgl. auch Claude v. Claude, 228 P 2d 776, 783 (1951): "A partnership is the product of a voluntary contract, express or implied."

4) Crane and Bromberg, S. 42

5) S. 83 ff.; siehe auch v. Sinner, S. 22; C.I.R. v. Culbertson, 337 US 733 (1949)

6) Sugarman, S. 39; Mechem, S. 6

7) 68 C.J.S., § 1a.(2) m.w.N.; In Re Morrison's Estate, 22 A 2d 729, 730 (1941)

8) Heenen, a.a.O., sec. 15

9) 43 A 2d 690, 692 (1945)

10) Mechem, S. 4

II. Rückschlüsse aus dem Entstehungszeitpunkt der Partnership

Mechems Ansicht über das Wesen der Partnership findet ihre Entsprechung in der noch vorherrschenden Ansicht, daß eine Partnership als Rechtssubjekt nicht schon mit dem Vertragsschluß, sondern erst mit der Aufnahme des Geschäftsbetriebes entsteht.

Bei dem Abschluß eines Partnership-Vertrages handelt es sich um ein sogenanntes "executory agreement". Dieser aus dem allgemeinen Vertragsrecht entnommene Begriff besagt, daß der Vertrag Verpflichtungen begründet, die in der Zukunft noch zu erfüllen sind.¹⁾ Für die Partnership bedeutet dies, daß noch die Betätigung im Sinne des Gesellschaftszwecks erfolgen muß.

Nach dem vor Ratifizierung des UPA geltenden Common Law reichte ein solches Executory Agreement für sich allein nicht aus, um eine Partnership zur Entstehung zu bringen.²⁾ Vielmehr war in jedem Fall erforderlich, daß die Partnership als soziales Gebilde zur Entstehung gelangte, was eine tatsächliche Betätigung im Rechtsverkehr voraussetzte.³⁾ Es handelte sich somit um einen zweistufigen Entstehungstatbestand.

Diese Auffassung hat bedeutsame Konsequenzen für die Rechtsbeziehungen der Vertragsparteien. Solange der Geschäftsbetrieb noch nicht aufgenommen ist, können lediglich die Regeln des allgemeinen Vertragsrechts, aber nicht die speziellen Rechtsbehelfe des Rechts der Partnership angewendet werden. So kann nach dieser Auffassung beim bloßen Abschluß eines Partnership-Vertrages allenfalls Schadensersatz wegen "breach of contract" verlangt werden, wenn es aus irgendeinem Grunde nicht zur Geschäftsaufnahme kommt. Dagegen kann nicht wie bei einer voll wirksamen Gesellschaft Klage auf Auflösung und Rechnungslegung erhoben werden.⁴⁾ Aus der Tatsache, daß die Anwendung der Regeln des Gesellschaftsrechts die Geschäftsaufnahme voraussetzt und der Entstehungszeitpunkt der Partnership nicht mit dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses übereinstimmen muß, wird deutlich, daß dem Gesellschaftsvertrag als konstituierendem

1) 17 C.J.S., § 7

2) 59 AmJur 2d, § 29; Meagher v. Reed, 24 P 681 (1890)

3) So deutlich in Armstrong v. Rickard, 192 NYS 502 (1922)

4) So heute noch Sugarman, S. 39

Element keine praktische Bedeutung zukommt.

Zusammenfassend kann man feststellen, daß das Vertragserfordernis darauf reduziert wird, daß es – fast wie eine Formvorschrift – ohne eine irgendwie geartete Willensübereinstimmung keine organisierte Zusammenarbeit zwischen Personen geben kann. Dagegen ist der Inhalt von Willensäußerungen der Vertragsparteien im Verhältnis zu der tatsächlichen Ausgestaltung ihrer Rechtsbeziehung als Kriterium für die rechtliche Bewertung von untergeordneter Bedeutung.

Der UPA stellt in dieser Hinsicht einen Wendepunkt zu einer stärkeren Betonung des Vertragsschlusses dar. Die Definition der Partnership in UPA § 6 Abs. 1 enthält nicht ohne Vorbedacht die Wendung: "To carry on ... a business." Es sollte klargestellt werden, daß eine Partnership bereits dann zur Entstehung gelangt, wenn der Partnership-Vertrag geschlossen und die Beiträge eingezahlt sind.¹⁾

Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob dies auch als herrschende Ansicht in Literatur und Rechtsprechung angesehen werden kann.²⁾

So stellt die Entscheidung *Rowley v. Rowley*³⁾, die immerhin 13 Jahre nach Ratifizierung des UPA in Pennsylvania⁴⁾ ergangen ist, lapidar fest, daß mit dem Abschluß des Vertrages noch keine Partnership zustandegekommen sei.⁵⁾ Auch Sugarman stellt sich in der 1966 erschienenen 4. Auflage seines Werkes auf den bis zum Erlaß des UPA allgemein gültigen Rechtsstandpunkt.⁶⁾

1) Commissioners' Note to UPA § 6,7, Uniform Laws Annotated, S. 11 f.

2) Im deutschen Recht entsteht nach ganz einhelliger Meinung die Gesellschaft bereits mit dem Vertragsschluß; statt aller Westermann, Personengesellschaft, Rdn. 5 und 77

3) 144 A 537 (1928)

4) Im Jahre 1915; Crane and Bromberg, S. 15

5) Dabei handelt es sich wohl um ein obiter dictum. Der Sachverhalt der Entscheidung deutet nämlich auf einen bedingten Partnership-Vertrag hin. Diese Vermischung von conditional und executory contracts ist häufig anzutreffen. Zur Unterscheidung 17A C.J.S., § 337: Ein conditional contract ist ein executory contract, dessen Durchführung zusätzlich von einer Bedingung abhängt; vgl. auch *Kirshan v. Friedman*, 36 A 2d 647 (1944)

6) Sugarman, S. 39; ebenso Rowley, S. 48, der auf S. 77 sogar die Anmerkung der Entwurfsverfasser des UPA zitiert, diese aber nur im Zusammenhang mit der Frage bringt, ob eine Partnership auch für ein einzelnes Projekt gegründet werden kann. Meines Erachtens verkennt Rowley damit die Bedeutung des Beispiels der Commissioners.

Wenn andererseits Crane and Bromberg die Auffassung vertreten, die Partnership mit ihren rechtlichen Konsequenzen entstehe bereits mit dem Abschluß des Vertrages¹⁾, so sind die in diesem Zusammenhang zitierten Entscheidungen Thompson v. McCormick²⁾ und R.C. Gluck & Co. v. Tankel³⁾ kaum als Belege für diese Meinung geeignet. In Thompson v. McCormick war es nämlich zur vollständigen Aufnahme des Geschäftsbetriebes gekommen (es wurden sogar schon Gewinne verteilt); streitig war nur, ob die Einlage erbracht war und ob bei Nichterbringung der Einlage die Gesellschaft zur Entstehung gelangt. Bei Gluck v. Tankel handelt es sich zunächst eher um einen "conditional contract", so daß für die Frage, ob die Gesellschaft bereits mit dem Vertragsschluß entsteht, kaum Schlußfolgerungen gezogen werden können. Darüber hinaus waren im Sinne des Gesellschaftszwecks bereits Verträge mit Dritten geschlossen und hierfür Beträge aufgebracht worden, so daß auch von der Erbringung einer Einlage auszugehen ist.⁴⁾

Als Grund für die Tatsache, daß auch mehrere Jahrzehnte nach Inkrafttreten des UPA sich die dort gesetzlich niedergelegte Auffassung noch nicht durchgesetzt hat, mag eine allgemeine Tendenz der Rechtsprechung angesehen werden, auf vertraute Lehrsätze des Common Law zurückzugreifen.⁵⁾ Jedenfalls wird die Aufnahme des Geschäftsbetriebes nach wie vor überwiegend als entscheidender Zeitpunkt für die Existenz einer Partnership angesehen, was die vorrangige Bedeutung des organisationsrechtlichen Elements der Gesellschaft unterstreicht.

III. Die Trennung zwischen Innen- und Außenverhältnis als Grundlage der amerikanischen Betrachtungsweise

Ob bei einer Partnership der Gesellschaftsvertrag oder die tatsächliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien für die Feststellung

1) Crane and Bromberg, S. 59

2) 370 P 2d 442 (1962)

3) 199 NYS 2d 12 (1960)

4) Die Entscheidung befaßt sich darüber hinaus mehr mit der Treuepflicht zwischen den Parteien, die mehr mit allgemeinen Erwägungen begründet als aus einem Gesellschaftsverhältnis zwischen den Parteien hergeleitet wird.

5) Vgl. Crane and Bromberg, S. 33 f.

eines Gesellschaftsverhältnisses im Vordergrund steht, erweist sich letztlich in Fällen der Fehlerhaftigkeit des Partnership-Vertrages.¹⁾ Bei den Merkmalen, die die Rechtswirksamkeit des Vertrages beeinflussen können, handelt es sich im wesentlichen um die bereits diskutierten Fälle von Minderjährigkeit und Geisteskrankheit, aber auch Täuschung und Drohung.

Dabei kann man die seltenen Situationen ausklammern, in denen ein Gesellschaftsvertrag von Anfang an nichtig ist, zum Beispiel wenn er von einem durch Gerichtsbeschluß Entmündigten abgeschlossen wurde.²⁾ Daneben begründen einige Tatsachen die Auflösung der Gesellschaft, so die nachträglich eingetretene Rechtswidrigkeit des Gesellschaftszwecks oder der nachträgliche Eintritt der Geschäftsunfähigkeit.³⁾

Es handelt sich bei den vorgenannten Beispielen um besonders krasse Fälle von Unwirksamkeit, in denen der Gesellschaft kein Bestandsschutz gewährt wird.

Überwiegend ist bei Mängeln der Gesellschaftsvertrag nur anfechtbar (voidable), so bei Minderjährigkeit, unerkannter Geisteskrankheit, Täuschung und Drohung.⁴⁾

In diesem Zusammenhang überrascht der Hinweis, daß hinsichtlich der Anfechtungsgründe und ihrer Rechtsfolgen kein Unterschied zum allgemeinen Vertragsrecht bestehe.⁵⁾ Danach würde dem Gesellschaftsvertrag als Basis des Gesellschaftsverhältnisses noch mehr Bedeutung beigemessen, als dies nach der bisherigen Untersuchung den Anschein hatte. Eine Betrachtung der Rechtsprechung zu diesem Problem zeigt jedoch, daß undifferenzierte und voreilige Schlußfolgerungen sich verbieten.

Die Rechtsprechungstendenz im Fall der Minderjährigkeit ist bereits kurz erwähnt worden. Auffällig ist dabei die recht deutliche Trennung zwischen den Rechtsfolgen im Innen- und Außenverhältnis.⁶⁾

1) Auch im deutschen Recht wird die Struktur der Personengesellschaft nicht isoliert, sondern vornehmlich im Rahmen des fehlerhaften Gesellschaftsvertrages diskutiert.

2) Sugarman, S. 32

3) UPA §§ 31 (3) und 32 (1) a; Barrett and Seago, S. 303; Crane and Bromberg, S. 56

4) Parker, S. 127; Crane and Bromberg, S. 55 f. und 45 f.

5) Vgl. Crane and Bromberg, S. 45; Barrett and Seago, S. 298; Sugarman, S. 27

6) Siehe oben S. 30

Es herrscht in der amerikanischen Rechtsprechung noch keine Klarheit, welche Folgen sich im Innenverhältnis an die Anfechtung des Gesellschaftsvertrages durch den Minderjährigen knüpfen. Es existieren einander widersprechende Entscheidungen zu der Frage, ob von der an den Minderjährigen zurückzuerstattenden Einlage die vorher erfolgten Auszahlungen abzuziehen sind oder nicht.¹⁾ Ferner ist streitig, ob der Minderjährige seinen Anspruch auf Erstattung der Einlage auch dann in vollem Umfang geltend machen kann, wenn dadurch die Einlagen der übrigen Gesellschafter geschmälert würden.²⁾ Anscheinend überwiegen aber die Urteile, die den Minderjährigen im Innenverhältnis so behandeln wollen, als sei er nicht in die Gesellschaft eingetreten.³⁾

Nach übereinstimmender Auffassung ist der Minderjährige schließlich nicht verpflichtet, eine etwa noch ausstehende Einlage zu leisten. Im Gegensatz zu volljährigen Gesellschaftern, die ihre Einlage nicht unter Berufung auf die Minderjährigkeit eines anderen Partners zurückhalten dürfen, kann sich der Minderjährige in vollem Umfang auf sein Leistungsverweigerungsrecht berufen.⁴⁾

Auch für das Außenverhältnis wird allgemein betont, daß der Minderjährige nicht unmittelbar und persönlich für Gesellschaftsverbindlichkeiten hafte.⁵⁾ Dagegen kommt eine wachsende Zahl von Urteilen zu einer mittelbaren Haftung. Danach sind vor einer Erstattung der Einlage die Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen, deren Schutz als vorrangig angesehen wird.⁶⁾ Im Fall Kuehl v. Means⁷⁾ wird in diesem Zusammenhang besonders deutlich zwischen der – anfechtbaren – Rechtsbeziehung des Minderjährigen zu den anderen Gesellschaftern und den Verträgen der Gesellschaft mit Dritten unterschieden, die von der Minderjährigkeit unberührt blieben: "A partnership and its members are not identical. ... Whereas, under the statute, a minor may disaffirm his own contract, we know of no rule of law or statute which would permit a minor to disaffirm the contract of a legally existing partnership, simply on the ground that he was a member of it."⁸⁾

1) Boynton v. Wedgewood, 78 NW 2d 134 (1956) gegen Thomas v. Banks, 195 NW 94 (1923) des gleichen Gerichts

2) Vgl. Rowley, S. 54 und 55 Fn. 22

3) Vgl. de Wied, S. 17

4) Crane and Bromberg, S. 46

5) Crane and Bromberg, S. 45; de Wied, S. 13; Barrett and Seago, S. 300

6) Siehe die zitierte Rechtsprechung bei Rowley, S. 54/55 und vor allem bei de Wied, S. 11 ff.

7) 218 NW 907 (1928)

8) Ähnlich Latrobe v. Dietrich, 78 A 983 (1910)

Während im Innenverhältnis - ähnlich wie im allgemeinen Vertragsrecht - die Anfechtung zu einer weitgehenden Rückabwicklung der Rechtsbeziehungen führt, steht im Außenverhältnis die wirtschaftliche Existenz der Partnership im Vordergrund mit der Folge, daß der Minderjährige sich nicht zum Nachteil Dritten auf sein Anfechtungsrecht berufen kann.

Eine ähnliche Trennung von Innen- und Außenverhältnis läßt sich auch bei anderen Anfechtungsgründen feststellen, zum Beispiel im Bereich der Willensmängel.¹⁾

Schließlich hat sich schon an verschiedenen Stellen dieser Arbeit die Praxis amerikanischer Gerichte feststellen lassen, bei der Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses im Außenverhältnis andere Maßstäbe anzulegen als für das Verhältnis der angeblichen Partner untereinander. An dieser Stelle sei nur daran erinnert, daß dem Test der Gewinnbeteiligung in Fällen der Haftung eines Gesellschafters Dritten gegenüber die entscheidende Bedeutung zukommt, falls nicht gewichtige Argumente gegen eine Partnership sprechen. Dagegen werden für die Beurteilung des Innenverhältnisses alle Umstände des Falles (Kontrollrechte etc.) herangezogen, um die wahre Absicht der Parteien zu ergründen.²⁾

Diese, eigentlich dem Grundsatz des UPA § 7 Abs. 1 widersprechende Betrachtungsweise hat historische Gründe und ist erst auf diesem Hintergrund zu treffend zu würdigen.

Ende des 16./Anfang des 17. Jahrhunderts beunruhigten sogenannte "Seifenblasengründungen" bei Joint Stock Companies³⁾ die englische Öffentlichkeit. Dem wachsenden Interesse am Schutz der Anleger kam der im Jahre 1720 erlassene "Bubble Act" nur unzureichend entgegen. Umso mehr versuchten die Gerichte daher, bei der Partnership dem Gedanken des Gläubigerschutzes Geltung zu verschaffen, und zwar wegen der für diese Gesellschaftsform geltenden persönlichen und unbeschränkten Haftung der Gesellschafter.⁴⁾

Dieser Tendenz entsprechen die bereits erwähnten Entscheidungen *Grace v. Smith* und *Waugh v. Carver*⁵⁾, nach denen eine Haftung als Partner schon dann

1) Siehe hierzu de Wied, S. 39 ff.

2) Siehe oben S. 67 ff.

3) Aktienkurse wurden betrügerisch in die Höhe getrieben, um dann die Gesellschaftsmäntel mit hohem Gewinn zu verkaufen.

4) Zum Vorstehenden ausführlich Seeliger, S. 15 f.

5) Weitere Fälle: *Bloxham v. Pell* und *Young v. Axtell*, zitiert und besprochen bei *Barrett and Seago*, S. 28 ff., und *Rowley*, S. 105 ff.

eintrat, wenn eine Gewinnbeteiligung festgestellt werden konnte.

Der Fall Cox v. Hickman brachte, was die Betonung des Außenverhältnisses angeht, keine nachhaltige Änderung. Nach wie vor stellt die Gewinnbeteiligung den maßgeblichen Test bei der Feststellung einer Partnership dar. An verschiedenen Stellen dieser Arbeit wurde deutlich, daß entscheidungserheblich nicht eine Auslegung des Rechtsgeschäftswillens der Parteien bei Abschluß des Vertrages, sondern das Erscheinungsbild der Rechtsbeziehung im Lichte konkreter Tests ist.

Da es sich bei der eindeutigen Mehrzahl der Fälle zur Feststellung einer Partnership um Klagen von Drittgläubigern handelt¹⁾, belegt die heutige Rechtspraxis die nach wie vor zentrale Bedeutung des Gläubigerschutzes.²⁾

In diesem Zusammenhang spielt die mangelnde Publizität der Partnership ebenfalls eine Rolle.

Es besteht kein Zwang, einen Firmennamen anzunehmen³⁾, der auf das Gesellschaftsverhältnis hinweist. Es gibt auch in nur sehr eingeschränktem Ausmaß Registrierungserfordernisse⁴⁾, deren Verletzung sich zudem nicht unmittelbar auf das Handeln des Unternehmens auswirkt.⁵⁾ Die Anknüpfung an die äußerlich feststellbaren Beziehungen und an das Verhalten der Parteien im Wirtschaftsleben ist daher oft das einzige Hilfsmittel, um zu einer Beurteilung des Rechtsverhältnisses zu gelangen.

Wenn daher bereits bei der Behandlung der einzelnen materiellen Kriterien und insbesondere in der Ausgestaltung des Willenselementes eine betonte Trennung von Innen- und Außenverhältnis und die Tendenz zur Orientierung an leicht faßbaren Anhaltspunkten aufgrund der tatsächlichen Rechtsbeziehungen deutlich wurde, so findet diese Handhabung in dem Gedanken des Gläubigerschutzes ihre eigentliche Begründung und Rechtfertigung. Angesichts der mangelnden Publizität der Partnership haben es die Veränderungen in der Rechtsprechung durch den Fall Cox v. Hickman und legislative Maßnahmen wie der UFA nicht vermocht, diese durch eine lange geschichtliche Entwicklung geprägte Rechtspraxis beiseite-

1) Mechem, S. 62

2) Vgl. Seeliger, S. 31 f.

3) Wyatt, S. 512

4) z.B. bei erfundenen Firmennamen

5) Ausführlich Crane and Bromberg, S. 104 ff.; Wyatt, S. 512

zuschieben. Die Tatsache, daß im amerikanischen Recht dem Element des Vertragsvollzuges und einer typisierenden Betrachtungsweise bei der Feststellung einer Partnership die ausschlaggebende Rolle zukommt, ist dabei nicht das Ergebnis dogmatischer Überlegungen oder gar Auseinandersetzungen, sondern der Anpassung an die praktischen Bedürfnisse des Wirtschaftslebens.

B. Die Struktur der Personengesellschaft im deutschen Recht - Schuldverhältnis oder personenrechtlicher Verband?

Während im amerikanischen Recht vorwiegend praktische Bedürfnisse die Handhabung der Kriterien für die Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses bestimmen, findet im deutschen Recht schon seit längerer Zeit eine ausgiebige dogmatische Auseinandersetzung zu diesem Problemkreis statt. Die Fragestellung wird insofern noch erweitert, als es nicht nur um das Verhältnis von Vertragsschluß und Vertragsvollzug, sondern allgemein um die schuldrechtlichen und verbandsrechtlichen Elemente in der Personengesellschaft geht. Übereinstimmend mit dem amerikanischen Recht wird die Rechtsnatur der Personengesellschaft meist im Zusammenhang mit den Lösungsmöglichkeiten bei einem fehlerhaften Gesellschaftsvertrag erörtert.¹⁾

Nach allgemeiner Auffassung hat die BGB-Gesellschaft - und damit auch oHG und KG - eine Doppelstruktur: sie ist rechtlich organisierte Personengemeinschaft und Schuldverhältnis, wobei die obligatorischen Beziehungen in das Gemeinschaftsverhältnis eingebettet sind.²⁾ Welches dieser beiden strukturellen Elemente aber vorrangig ist, läßt sich daraus entnehmen, welche Rechtsfolgen Rechtsprechung und die verschiedenen Auffassungen in der Literatur an eine Fehlerhaftigkeit des Gesellschaftsvertrages knüpfen.

I. Die Behandlung der Gesellschaft durch die Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hatte schon sehr früh erkannt, daß nicht nur bei Kapital-

1) Vgl. Flume, S. 13

2) Staudinger-Kießler, vor § 705, Rdn. 23

gesellschaften, sondern auch bei Personengesellschaften im Falle von Nichtigkeits- und Anfechtungstatbeständen eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht untragbar und praktisch auch unmöglich war, wenn die Gesellschaft erst einmal am Rechtsverkehr teilgenommen hatte.¹⁾ Der Durchbruch zu einer geschlossenen Systematik gelang schließlich dem Reichsgericht in seiner Entscheidung RGZ 165, S. 193 ff. Unter Berufung auf seine Rechtsprechung zu den Kapitalgesellschaften und zu der Behandlung der Personengesellschaften im Außenverhältnis stellte es fest, daß bei in Vollzug gesetzten Gesellschaften stets eine Abwicklung nach den §§ 145 ff. HGB zu erfolgen habe.²⁾ Bei Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgründen komme nur die Auflösung nach den §§ 133 ff. HGB in Betracht.³⁾ Zur Begründung dieses Ergebnisses stützt sich das Reichsgericht im wesentlichen auf praktische Erwägungen.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist vom Bundesgerichtshof zehn Jahre später in der Entscheidung BGHZ 3, S. 285 ff. bestätigt worden. Auch hier werden die praktischen Bedürfnisse des Wirtschaftslebens in den Vordergrund gestellt.

Allerdings offenbart die Rechtsprechungslinie des BGH Abweichungen vom RG, die, was die Gewichtung des Gesellschaftsvertrages angeht, erhebliche Auswirkungen haben. So verlangt der BGH ausdrücklich den Abschluß eines, wenn auch nichtigen, Gesellschaftsvertrages.⁴⁾ Das RG hatte auf dieses Erfordernis nicht ausdrücklich Bezug genommen, sondern lediglich ausgeführt: "Es läßt sich sehr wohl sagen, daß Gesellschafter, die eine Gesellschaft in Vollzug gesetzt und es auf sich genommen haben, von der Außenwelt als Gesellschafter angesehen und behandelt zu werden, damit im Grunde fortlaufend doch zugleich den Willen getätigt haben, ihre gegenseitigen Beziehungen für die Dauer des tatsächlichen Vollzuges des Gesellschaftsvertrages als solche aus einem zu Recht bestehenden Gesellschaftsverhältnis angesehen zu wissen."⁵⁾ Für das Reichsgericht liegt demnach der Schwerpunkt auf dem durch die tatsächliche Betätigung aktualisierten gesellschaftlichen Willen.

Dies wird noch deutlicher an der Tatsache, daß nach Auffassung des RG

1) Soergel-Siebert/Schultze-v. Lasaulx, § 705, Rdn. 83

2) a.a.O., S. 202

3) a.a.O., S. 206

4) BGHZ 11, 190; 26, 330, 333

5) RGZ 165, 193, 205

sich nicht nur die Rechtsfolge nach den §§ 133 ff. HGB richtet, sondern auch die Voraussetzungen dieser Norm vorliegen müssen. Es ist also im Einzelfall zu prüfen, ob der Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund zugleich einen wichtigen Grund für eine Auflösungs- oder Übernahmeklage darstellt.¹⁾ Bis zur tatsächlichen Auflösung wird die fehlerhafte, aber in Vollzug gesetzte Gesellschaft wie eine fehlerfrei begründete behandelt.

Demgegenüber betont der BGH, Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe führten stets zur Auflösung. Die Gründe, die zur Anerkennung der faktischen Gesellschaft in der Vergangenheit führten, erlaubten nicht, daß auch für die Zukunft von einer tatsächlichen Gesellschaft ausgegangen werde. Der Nichtigkeitsgrund dürfe nicht geleugnet werden.²⁾ Mit dieser konsequenten Anbindung an die Fehlerhaftigkeit des Gesellschaftsvertrages zeigt der BGH, daß er nur aus praktischen Gründen eine Art Notbehelf zum Zwecke einer sachgerechten Auseinandersetzung der Gesellschaft schaffen, keineswegs aber dem Handeln der Gesellschaft als sozialem Organismus darüber hinaus eine grundlegende rechtliche Bedeutung bemessen wollte.

II. Die Bandbreite der Auffassungen in der Literatur

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wird in der Literatur im Grundsatz weitgehend gebilligt. Gleichzeitig wird aber von verschiedenen Seiten bemängelt, daß die Auffassung des BGH einer dogmatischen Grundlage entbehre.³⁾ Die Überlegungen, die zur Ausfüllung dieser Lücke angestellt werden, weichen dabei nicht nur in Nuancen voneinander ab, sondern haben zum Teil gegensätzliche Ausgangspunkte.

1. Die Betonung des schuldvertraglichen Charakters

Nach der Auffassung von Larenz ist sogar die gegenüber dem Reichsgericht eingeschränkte Rechtsprechung des BGH noch zu weitgehend. Für ihn handelt es sich im Außenverhältnis lediglich um eine Erweiterung des den §§ 171 - 173

1) Soergel-Siebert/Schultze-v. Lasaulx, § 705, Rdn. 86

2) BGHZ 3, 285, 291 f.

3) Als Beispiele: Flume, Personengesellschaft, S 14 - 16; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 48; Westermann, Personengesellschaft, Rdn. 764

BGB zugrundeliegenden Rechtsscheinsprinzips.¹⁾ Für das Innenverhältnis erkennt Larenz an, daß eine Rückabwicklung nach § 812 BGB nicht in Betracht komme und insoweit eine ausfüllungsbedürftige Lücke bestehe. Für diese Zwecke aber reiche es aus, wenn man "unterstelle", daß bis zur Geltendmachung der Nichtigkeit ein gültiges Gesellschaftsverhältnis bestanden habe.²⁾ Die grundsätzliche Betonung liegt bei dieser Auffassung daher auf dem Vertragsschluß und seiner Gültigkeit.

Noch weiter in diese gesetzestreue Richtung geht eine Auffassung, die für das Innenverhältnis die Nichtigkeit des Vertrages mit der Rückwirkung voll durchgreifen läßt: Es sei Bereicherungsrecht anwendbar, für vorhandenes Vermögen gelten die Bestimmungen für die Gemeinschaft.³⁾ Diese Auffassung sieht sich aber vor die gleichen praktischen Schwierigkeiten gestellt, die RG und BGH in ihrer Rechtsprechung aufgezeigt haben.

Der Auffassung von Larenz ist entgegenzuhalten, daß eine "Unterstellung" kaum eine haltbare dogmatische Grundlage darstellt, um das Phänomen der fehlerhaften Gesellschaft, das immerhin die Grenzen der herkömmlichen Rechtsgeschäftslehre aufgezeigt hat, umfassend in den Griff zu bekommen.

2. Die Lehre von der faktischen Gesellschaft

Diesen Vorwurf kann man den Vertretern der Lehre von der "faktischen" Gesellschaft wohl nicht machen. Diese Auffassung stellt insofern eine in sich geschlossene Lehre dar, als sie neben der vertraglichen Begründung das Zustandekommen einer Gesellschaft durch wirtschaftliche Betätigung der Gesellschafter zuläßt.⁴⁾

Ihr wird entgegengehalten, sie sei mit dem geltenden Recht nicht in Einklang zu bringen.⁵⁾ Immerhin verweise § 705 BGB auf das Erfordernis des Vertrages.

3. Die Lehre von den personenrechtlichen Vertragsverhältnissen

Einen anderen Weg geht die Lehre von den personenrechtlichen Vertrags-

1) Larenz, § 60 VII, S. 411

2) Larenz, § 60 VII, S. 413

3) Würdinger, § 9 II; Staudinger-Geiler, § 705, Rdn. 37

4) So vor allem Haupt, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 16 ff.

5) Soergel-Siebert/Schultze-v. Lasaulx, § 705, Rdn. 90; Kühnle, S. 18; Erman, S. 12

verhältnissen. Sie geht zurück auf Otto von Gierke, der sie aus einer Gegenüberstellung des deutschen und des römischen Rechts entwickelt. Während es im deutschen Recht seit jeher personenrechtliche Gemeinschaften gegeben habe, sei die römisch-rechtliche Sozietät als reiner Schuldvertrag konzipiert. Bis zur Schaffung des BGB habe der Sozietätsgedanke im bürgerlichen Recht vorgeherrscht, während die Handelsgesellschaften, vor allem die oHG, stets personenrechtlichen Charakter gehabt hätten.¹⁾ Diese Trennung zwischen zivil- und handelsrechtlichen Gesellschaften sei durch das BGB überbrückt worden, da nunmehr die Bildung eines Gesamthandsvermögens auch für die zivilrechtliche Gesellschaft möglich sei. Mit der Begründung einer Gesamthand trete "neben den rein obligationenrechtlichen römischen Sozietätsvertrag ein personenrechtlicher deutscher Gesellschaftsvertrag".²⁾

Damit ist nach Gierke die Gesellschaft als Gesamthand aus dem normalen Vertragsrecht herausgehoben, und zwar nicht nur im Außen-, sondern auch im Innenverhältnis.³⁾

Noch einen Schritt weiter geht Schafheutle. Er kritisiert die Auffassung Gierkes, wonach auch unter der Geltung des BGB die Begründung einer sozietätsähnlichen Gesellschaft als reiner Schuldvertrag möglich sei.⁴⁾ Die personenrechtliche Verbundenheit der Gesellschafter knüpfe nicht an die Besonderheit der Gesamthand, sondern generell an den Gesellschaftsbegriff an.⁵⁾

Ebenso wie bei der Lehre von der faktischen Gesellschaft steht für diese Auffassung die Gesellschaft als sozialer Organismus im Vordergrund. Sie versucht allerdings nicht, eine völlig andersartige, dem Recht bislang unbekannte Begründungsform zu schaffen, sondern bezieht sich auf eine zweite Art von Vertrag. So betont auch Gierke, daß eine auf Begründung einer Gesamthand gerichtete Handlung im Rahmen des Rechtsgeschäfts verbleibt.⁶⁾

Jedoch kann auch dieser Auffassung entgegengehalten werden, daß sie mit

1) Gierke, Bd. III, S. 832 f.

2) Gierke, Bd. I, S. 675; Bd. III, S. 831

3) Gierke, Bd. III, S. 840 f.

4) Gierke, Bd. III, S. 834 f.

5) Schafheutle, S. 32; vgl. auch Hoeniger, S. 96 und 98

6) Gierke, Bd. I, S. 675

den geltenden gesetzlichen Regelungen nicht in Einklang zu bringen ist. Ihr widerspricht die Systematik des BGB, das die Regeln des Allgemeinen Teils und des allgemeinen Schuldrechts, insbesondere die Anfechtungs- und Nichtigkeitstatbestände, auf alle im besonderen Schuldrecht genannten Vertragsarten, also auch auf den Gesellschaftsvertrag bezieht.¹⁾

4. Der Standpunkt der herrschenden Literaturmeinung

Die herrschende Meinung in der Literatur billigt die Rechtsprechung des BGH nicht nur im Ergebnis, sondern auch in dem methodischen Ansatz, die Lösung des erkannten Problems in der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen zu suchen.²⁾ Wie bereits betont, handelt es sich dabei lediglich um die Methode; für die Frage, weshalb überhaupt von den Rechtsfolgen des Allgemeinen Teils des BGB abgewichen und weshalb gerade dieser Weg gewählt wird, läßt sich zumeist eine über Praktikabilitätsabwägungen hinausgehende Grundlage nicht finden.³⁾

Eine Ausnahme stellt insoweit der Begründungsansatz von Siebert dar. Er sieht die Grundlage für die Nichtanwendung der Anfechtungs- und Nichtigkeitsfolgen in einer erhöhten Bestandsfestigkeit von Dauerschuldverhältnissen.⁴⁾ In Verfolgung dieser Grundlinie kommt Siebert im Detail zu Ergebnissen, die von der Rechtsprechung des BGH abweichen. So ist er nicht der Auffassung, daß jeder Nichtigkeitsgrund schlechthin zur Auflösung führen müsse. Vielmehr sei erforderlich, daß der ursprüngliche Vertragsmangel bis zur Klageerhebung fortwirke.⁵⁾

Alle Vertreter dieser Auffassung betonen im übrigen ebenso wie der BGH, daß Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft das Vorliegen eines - wenn auch nichtigen - Gesellschaftsvertrages sei.⁶⁾

1) Kühnle, S. 17 f.; Hueck, oHG, S. 51, der allerdings auch betont, daß es in Zukunft zu einer Trennung von Gemeinschaftsrecht und gewöhnlichem Schuldrecht kommen kann.

2) Soergel-Siebert/Schultze-v. Lasaulx, § 705, Rdn. 91; Westermann, Personengesellschaft, Rdn. 764; Kühnle, S. 18; Fischer in Großkommentar HGB, § 105, Rdn. 74 und 78.

3) Dies stellt Westermann, Personengesellschaft, Rdn. 764 deutlich heraus; ebenso Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 48.

4) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 49 ff. und 56 ff.; nach Auffassung von Kühnle, S. 18, setzt sich Siebert mit seiner Meinung in einen Widerspruch zum Vertragsprinzip.

5) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 67.

6) z.B. Soergel-Siebert/Schultze-v. Lasaulx, § 705, Rdn. 93.

5. Der verbandsrechtliche Charakter des Gesellschaftsvertrages in der Sicht Flumes

Gerade diese Forderung des BGH und der überwiegenden Literaturmeinung wird von Flume kritisiert. Er stellt die Frage, weshalb es überhaupt einer Bezugnahme auf einen Gesellschaftsvertrag bedürfe, wenn man - wie der BGH - das tatsächlich geschaffene Gemeinschaftsverhältnis als Rechtfertigung für die Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen anerkenne.¹⁾ Seiner Auffassung nach ist die sogenannte fehlerhafte Gesellschaft nicht "eigentlich nichtig"²⁾, sondern gültig privatautonom begründet. Erst mit dem Vollzug der Gesellschaft vollende sich nämlich ihre Entstehung. Der sogenannte fehlerhafte Vertrag unterscheide sich daher von dem Fall, daß überhaupt keine vertragliche Einigung zustandegekommen sei.³⁾ In dieser Art eines zweistufigen Entstehungstatbestandes (Gesellschaftsvertrag und Vollzug) sieht Flume die personenrechtliche Struktur der Gesellschaft.⁴⁾ Der Mangel beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages wirke sich deshalb auch nur dann aus, wenn er gleichzeitig einen wichtigen Grund für eine Kündigung bzw. die Auflösungsklage darstelle.⁵⁾

Die Auffassung Flumes führt im übrigen weniger zu Abweichungen im Ergebnis als zu andersartigen Begründungen. So muß die herrschende Meinung auf den Begriff des Rechtsmißbrauchs zurückgreifen, wenn sie in einzelnen Fällen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgründe unbeachtlich sein lassen will.⁶⁾ Nach Flume (und auch nach Auffassung des Reichsgerichts) fehlt es in solchen Fällen schon am wichtigen Grund für die Auflösung.

Der Ansatz von Flume hat den Vorzug, zu einer Reihe von Einzelfragen sachgerechte und praktische Lösungen und gleichzeitig als Grundlage mehr als nur

1) Flume, S. 15

2) Gerade diese - besonders bei Westermann, Personengesellschaft, Rdn. 779 deutliche - Ansicht zeigt nach Flume die Widersprüchlichkeit und Unhaltbarkeit der h.L.; a.a.O., S. 17

3) Flume, S. 17

4) Flume, S. 17, der andererseits im Gegensatz zu den Anhängern Gierkes die gesellschaftsvertraglichen Beziehungen nicht generell als personenrechtliche ansieht, sondern scharf zwischen schuldrechtlichen und personenrechtlichen Elementen trennt.

5) Flume, S. 21 ff.

6) Fischer in Großkommentar HGB, § 105, Rdn. 91 m.w.N.

Praktikabilitätsabwägungen anbieten zu können. Andererseits steht auch er nicht völlig mit der geltenden Gesetzeslage in Einklang.¹⁾

III. Die Rechtsnatur der Personengesellschaft im Zielkonflikt zwischen Gesetzestreue und Rechtswirklichkeit

Faßt man das Meinungsspektrum in Literatur und Rechtsprechung zusammen, so stellt man fest, daß - von wenigen Ausnahmen abgesehen - die Einordnung der Gesellschaft in das normale Schuld- (Vertrags-) recht letztlich als problematisch und unbefriedigend angesehen wird. Sämtliche besprochenen Meinungen kämpfen mit dem Problem, für die gefundene Lösung einerseits eine möglichst gesetzestreue, andererseits eine dogmatisch einigermaßen befriedigende Begründung geben zu müssen. Je nachdem, welchem dieser beiden Pole man zuneigt, ergibt sich auf der einen Seite eine stärkere Betonung der vertraglichen Grundlage der Gesellschaft (BGH, Larenz, herrschende Meinung in der Literatur) und auf der anderen Seite die Betrachtung der Gesellschaft als sozialer Organismus (Lehre von der faktischen Gesellschaft, Gierke, Flume).

C. Vergleichende Würdigung der Ergebnisse zum amerikanischen und deutschen Recht

Bereits zu Beginn dieses Abschnitts wurde betont, daß in den Vereinigten Staaten eine dogmatische Auseinandersetzung zur Bedeutung des Vertragselementes fehlt. Vielmehr lassen sich nur mit Vorsicht Rückschlüsse aus der Argumentationsweise und aus der Behandlung konkreter Einzelprobleme ziehen.

Aus diesem Grund ist auch ein Vergleich zwischen dem amerikanischen und deutschen Recht, soweit er über die Beschreibung der gegenwärtig vorherrschenden Betrachtungsweise hinausgeht, außerordentlich schwierig.

Für die Rechtspraxis der Vereinigten Staaten hat sich gezeigt, daß dem Gesellschaftsvertrag eine Rolle zukommt, die der eines bloßen Formerfordernisses sehr angenähert ist. Die Entscheidung der Frage, ob ein Gesellschaftsverhältnis

1) Fischer, Neue Wege, S. 251 f., 257

besteht oder nicht, wird dagegen sehr flexibel unter Berücksichtigung der beteiligten Interessen getroffen, wobei eine unterschiedliche Behandlung im Innen- und Außenverhältnis auffällt.

In der deutschen Rechtsprechung findet eine derartig starke Zurückdrängung des schuldvertraglichen Elements nicht statt. Der Bundesgerichtshof hat sogar die weitergehende Rechtsprechung des Reichsgerichts zurückgenommen und ist sehr darauf bedacht, die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft auf die Fälle zu beschränken, in denen eine Rückabwicklung auf unlösbare praktische Schwierigkeiten stoßen würde.

In der Literatur dagegen ist bei einem Vergleich mit dem amerikanischen Recht insbesondere die Ansicht Flumes interessant. Gerade die Aufspaltung der gesellschaftsrechtlichen Strukturelemente in die mit dem Gesellschaftsvertrag begründeten schuldrechtlichen und die mit dem Vollzug der Gesellschaft verknüpften personenrechtlichen Beziehungen deckt sich nahezu vollständig mit der Betrachtungsweise in den USA.

Allerdings darf selbst bei Betrachtungsweisen, die sich im Ergebnis ähneln, nicht verkannt werden, daß die amerikanische Rechtspraxis Ergebnis einer völlig anderen Rechtsentwicklung ist. Soweit erkennbar, hat im deutschen Recht der Gedanke des Gläubigerschutzes und damit verbunden die starke Betonung des Außenverhältnisses nie die herausragende Bedeutung gehabt wie in England und in den Vereinigten Staaten.

Darüber hinaus ist festzustellen, daß im Gegensatz zu den dogmatischen Bemühungen im deutschen Recht die amerikanischen Gerichte bei ihren Entscheidungen offenbar recht interessen- und auch ergebnisorientiert vorgehen.¹⁾

1) So spielen für die Anerkennung einer Partnership im Steuerrecht augenscheinlich fiskalische Interessen eine nicht unerhebliche Rolle; siehe hierzu den folgenden Abschnitt.

Teil VI

Das steuerrechtliche Konzept der Partnership

In den letzten Jahrzehnten haben zunehmend Fragen der Besteuerung Einfluß auf die Wahl und Ausgestaltung von Gesellschaftsformen erlangt.¹⁾ Eine Untersuchung über die Kriterien bei der Feststellung einer Partnership wäre daher unvollständig und würde der praktischen Bedeutung dieser Gesellschaftsform im Wirtschaftsleben nicht gerecht, wenn nicht zumindest ansatzweise dargestellt würde, welches Konzept der Partnership der finanzgerichtlichen Rechtsprechung zugrundeliegt.

Schon bei der Betrachtung der verschiedenen Definitionen der Partnership ist erkennbar geworden, daß im Steuerrecht zur Überprüfung der Gründung einer Personengesellschaft andere Kriterien verwendet werden. Insbesondere an der Legaldefinition des I.R.C. 1954 § 761 (a) fällt auf, daß dem Vertragsschluß im Rahmen der steuerlichen Betrachtung offenbar überhaupt keine Bedeutung zukommt.²⁾ Die nachfolgende Untersuchung am Beispiel der Gesellschaft zwischen Familienangehörigen wird darüber hinaus zeigen, daß es sich dabei nicht nur um eine andersartige Definition handelt, sondern auch im Ergebnis durchaus Unterschiede zwischen einer Partnership im Steuerrecht und im Zivilrecht bestehen.

Berührungspunkte und Überschneidungen gibt es mit einer Reihe der in dieser Arbeit bereits erörterten Kriterien, so zum Beispiel im Bereich des Profit Sharing und der Intention.³⁾ Im Rahmen der Co-Ownership läßt sich der Kernbereich der Problematik jedoch am deutlichsten aufzeigen.⁴⁾

Die wirtschaftliche Ausgangslage läßt sich kurz wie folgt darstellen: Angesichts progressiv gestalteter Vermögens- und Einkommensteuertarife ist es bei

1) Siehe oben S. 14 ff., insbesondere zur Entwicklung der sogenannten Professional Corporations

2) Siehe oben S. 42

3) Sugarman, S. 10; C.I.R. v. Culbertson, 337 US 733 (1949)

4) vgl. Crane and Bromberg, S. 118

gleichem Gesamteinkommen wesentlich günstiger, dieses auf mehrere - niedrig besteuerte - Personen zu verteilen, als bei einer einzigen Person zu versteuern, die sich in einer hohen Progressionszone befindet.¹⁾ Für die Besteuerung kommt es darauf an, wer das Einkommen erzielt.²⁾ Zur Reduzierung der Steuerbelastung ist es also wichtig, daß nicht das bereits erzielte Einkommen verteilt wird, sondern die Einkommensquellen.³⁾ Dies erreicht man durch eine Beteiligung von Familienmitgliedern als Gesellschafter an einem Unternehmen. Dabei wurde vielfach so verfahren, daß das beteiligte Familienmitglied lediglich Kapital einbrachte, das ihm vorher von dem bisherigen Einzelunternehmer geschenkt worden war.⁴⁾

Gegen die offenbare Absicht, die Nachteile der steilen Steuerprogression zu umgehen, wandte sich die Entscheidung Commissioner of Internal Revenue (C.I.R.) v. Tower⁵⁾, die für die Anerkennung einer Partnership entweder "original capital" oder "vital services" verlangte und die fehlende Teilnahme an der Geschäftsführung und mangelnde Kontrollbefugnisse als schädlich betrachtete.⁶⁾

Da diese Prinzipien in der Folgezeit gelegentlich allzu schematisch gehandhabt wurden, kam es bei der Behandlung von Ehegatten-Gesellschaften zu Unzuträglichkeiten⁷⁾, die dann mit dem Revenue Act von 1948 beseitigt worden sind. Diese gesetzgeberische Initiative brachte das sogenannte Steuersplitting⁸⁾ zwischen Ehegatten, wodurch das Interesse an Ehegatten-Partnerships aus Steuergründen wegfiel.⁹⁾

1) Siehe das Rechenbeispiel bei Crane and Bromberg, S. 114; v. Sinner, S. 103

2) Lattin, S. 27

3) Zur vergleichbaren Rechtslage im deutschen Steuerrecht Tipke, S. 159 f.

4) Sugarman, S. 9; Steffen, S. 550

5) 327 US 280 (1946)

6) a.a.O., S. 290

7) z.B. im Vergleich zu Staaten mit einem "community property"-System, die das gewünschte Ergebnis gesetzlich erzielten; vgl. Crane and Bromberg, S. 49 und 116

(Community Property ist eine z.B. in Kalifornien geltende gesetzliche Güterstandsregelung. Sie entspricht einer Errungenschaftsgemeinschaft, bei der voreheliches Vermögen dem jeweiligen Ehegatten und während der Ehe erworbenes Vermögen beiden je zur Hälfte gehört; Hay, S. 105 f.)

8) Besteuerung jedes Ehegatten mit dem für die Hälfte des erzielten Gesamteinkommens maßgeblichen Steuersatz

9) Crane and Bromberg, S. 116 f.

Interessant blieb die Family Partnership mit Kindern¹⁾, um die Steuerbelastung der Eltern noch weiter zu senken. Als Motiv kam hinzu, daß die Kinder auf eine Übernahme des Unternehmens vorbereitet werden sollten.²⁾

Zu diesem Problemkreis erging 1949 eine weitere bedeutsame Entscheidung, die die Erfordernisse aus *C.I.R. v. Tower* teilweise modifizierte, teils präziserte. In *Commissioner of Internal Revenue v. Culbertson*³⁾ wurde die Existenz einer Partnership danach beurteilt, "whether, considering all the facts - ... their respective abilities and capital contributions, the actual control of income and the purposes for which it is used, and any other fact throwing light on their true intent - the parties in good faith and acting with a business purpose intended to join together in the present conduct of the enterprise."⁴⁾

An dem Erfordernis der "actual control" offenbart sich, daß aus fiskalischen Gründen andere Maßstäbe an die Beurteilung einer Partnership angelegt werden als im Zivilrecht. Im Fall *Bengston v. Shain* wurde aufgezeigt, daß nach zivilrechtlicher Auffassung ein Kontrollrecht nicht notwendigerweise ausgeübt werden muß.⁵⁾ Wenn Justice Frankfurter in seiner "concurring opinion" zum Fall *Culbertson* ausführt, es gebe im Steuerrecht keinen abweichenden Begriff der Partnership⁶⁾, so zeigt der Vergleich zwischen den benutzten Kriterien, daß er damit zu kurz zielt. Gerade an dem Test der "control" wird deutlich, daß bei der Besteuerung von Familiengesellschaften schärfere Anforderungen an die Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses gestellt werden.

Soweit die Family Partnership mit Kindern ausschließlich auf einer Kapitalbeteiligung beruht, hat sich die Problematik durch den Internal Revenue Code von 1954, § 704 (e) im wesentlichen erledigt. Dort heißt es:

"(1) Recognition of interest created by purchase of gift. - A person shall be recognized as a partner for purposes of this subtitle if he owns a capital interest in a partnership in which capital is a material income-producing factor, whether or not such interest was derived by purchase of gift from any other person."

1) Barrett and Seago, S. 73; Lattin, S. 27

2) Barrett and Seago, S. 70

3) 337 US 733 (1949)

4) a.a.O., S. 742

5) *Bengston v. Shain*, 255 P 2d 892, 896 (1953)

6) *C.I.R. v. Culbertson*, 337 US 733, 754 (1949)

Dennoch bleiben Konstellationen übrig, die nach den Kriterien aus C.I.R. v. Culbertson behandelt werden. Es handelt sich hierbei einmal um solche Fälle, in denen die Anwendung des I.R.C. § 704 (e) (1) daran scheitert, daß die Übertragung des Anteils "unvollständig" ist, weil etwa die mit dem Anteil verbundenen Kontrollrechte beim Altgesellschafter verbleiben.¹⁾ Zum anderen gibt es genügend Partnerships, bei denen nicht Kapital, sondern Arbeit der wesentliche Faktor ist. In diesen Fällen ist der I.R.C. von 1954 überhaupt nicht zitiert worden, sondern die Gerichte griffen sofort auf die Grundsätze aus dem Fall Culbertson zurück.²⁾

Eine weitere im Rahmen dieser Arbeit bedeutsame Abweichung vom Zivilrecht läßt sich schon aus der Definition des I.R.C. § 761 (a) entnehmen. Danach wird für die Beurteilung der Frage, ob eine Partnership im Sinne des Steuerrechts vorliegt, ausschließlich darauf abgestellt, daß von einer Personengruppe ein Geschäft betrieben wird und diese Organisation nicht als Corporation oder eine andere Rechtsform anzusehen ist. Während im Zivilrecht zumindest bei der Beurteilung des Innenverhältnisses versucht wird, den "wahren Willen" der Beteiligten zu ermitteln, erfolgt hier die Qualifikation des Rechtsverhältnisses ausschließlich anhand objektiver Kriterien.

Insgesamt lassen sich nicht nur bei der Definition, sondern auch in der praktischen Handhabung bedeutende Unterschiede zwischen der Anerkennung einer Partnership nach Steuerrecht und Zivilrecht feststellen. Aus der Rechtsprechung zur Besteuerung von Familiengesellschaften wird deutlich, daß hierbei weniger systematisch-dogmatische als vielmehr fiskalische Gründe eine ausschlaggebende Rolle spielen. Daneben dürfte der Gedanke der Verwaltungsvereinfachung dazu geführt haben, die Feststellung einer Partnership im Steuerrecht nicht an einer Auslegung von Willenserklärungen der beteiligten Personen zu orientieren.

1) Zu dieser Problemstellung Crane and Bromberg, S. 121

2) Crane and Bromberg, S. 123; vgl. auch Sugarman, S. 10

Teil VII

Die Bedeutung von Vertragsschluß und Vertragsvollzug unter Berücksichtigung des amerikanischen Prozeßrechts

Ein kurzer Überblick über die Regeln und den Ablauf des amerikanischen Zivilprozesses erhärtet schließlich die aus der Untersuchung der materiellen Kriterien gewonnene Erkenntnis, daß dem Element des Vertragsschlusses und einer Auslegung von Willenserklärungen in der Entscheidungspraxis nur ein geringer Stellenwert zukommt.

Die in diesem Zusammenhang entscheidende Phase des Zivilprozesses ist die Beweisaufnahme oder allgemeiner die Tatsachenfeststellung, da sie die Grundlage für die Anwendung der bereits besprochenen Tests bildet.

A. Abgrenzung zwischen Rechtsfrage und Tatsachenbehauptung als Grundlage der Beweisbedürftigkeit

Einso wie im deutschen Recht kommt im amerikanischen Zivilprozeß eine Beweisaufnahme nur dann in Betracht, wenn Tatsachen und nicht Rechtsfragen zu klären sind.¹⁾ Diese Abgrenzung läßt sich sowohl allgemein als auch im Rahmen der Feststellung einer Partnership oft nur schwer durchführen.

Der Unterscheidung kommt insofern Bedeutung zu, als nur bei Tatsachenfragen überhaupt eine Entscheidung durch ein Geschworenengericht (jury) in Betracht kommt²⁾, mit all den Unwägbarkeiten und Besonderheiten, die sich aus der Tatsache ergeben, daß es sich bei der Jury um juristische Laien handelt.³⁾

Nach allgemeiner Auffassung stellt die Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses eine gemischte Frage von "law" und "fact" dar.⁴⁾

1) Rosenberg/Weinstein, S. 654; zum deutschen Recht Sattelmacher/Sirp, S. 56

2) Rosenberg/Weinstein, S. 654

3) Dazu sogleich S. 118 f.

4) 59 AmJur 2d, § 81; Sugarman, S. 57

Theoretisch läßt sich die Grenzlinie zwischen den beiden Bereichen verhältnismäßig leicht ziehen: Es ist eine vom Richter zu entscheidende Rechtsfrage, aus welchen Elementen sich eine Partnership zusammensetzt, während die Feststellung der Tatsachen, die die Definition ausfüllen, dem "tryer of fact" obliegt.¹⁾ Liegt zum Beispiel ein schriftlicher Vertrag vor und ist dieser in sich widerspruchsfrei, so ist es Aufgabe des Gerichts, im Wege der Auslegung über Existenz oder Nichtexistenz einer Partnership als Rechtsfrage zu entscheiden.²⁾ Ähnlich verhält es sich, wenn die vorgebrachten Tatsachen unstreitig sind oder nur eine einzig mögliche Schlußfolgerung zulassen.³⁾ Sind umgekehrt die Tatsachen bestritten und die Beweismittel widersprüchlich, so müssen die Jury oder der Richter als Tatsachenermittler die Frage entscheiden.⁴⁾

Schwierig wird die Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatsachenfrage bei dem Element der "intention". Allgemein wird dies als "question of fact" behandelt, die aus der Vereinbarung und dem Verhalten der Parteien entnommen werden müsse.⁵⁾ Wie aber bereits oben aufgezeigt wurde, handelt es sich bei der "intention" um einen Begriff, der im Bereich zwischen Tatsachenebene und der rechtlichen Würdigung angesiedelt ist. So hat unter Zugrundelegung der herrschenden Auffassung die Jury über die rechtliche Vorfrage zu befinden, welche Merkmale gegeben sein müssen, um eine rechtlich erhebliche "intention" der Parteien zu begründen.⁶⁾

Eine Tatsachenfrage soll es auch sein, ob eine konkret vereinbarte Gewinnbeteiligung lediglich als Modalität einer Gehaltszahlung oder als Indiz für eine Partnership anzusehen ist.⁷⁾ Auch in diesem Zusammenhang ist eine Reihe rechtlicher Vorfragen zu entscheiden. So ist unter anderem von Bedeutung, ob der

1) Sugarman, S. 57; 59 AmJur 2d, § 81; Cyrus v. Cyrus, 64 NW 2d 538, 541 (1954); parallel hierzu verläuft die Grenze zwischen den Begriffen "test" und "evidence"; vgl. Black's Law Dictionary

2) 59 AmJur 2d, § 81; Sugarman, S. 57; im übrigen kommt dieser Fall recht selten vor; Crane and Bromberg, S. 35

3) Cyrus v. Cyrus, 64 NW 2d 538, 541 (1954)

4) Crane and Bromberg, S. 35

5) z.B. C.I.R. v. Tower, 327 US 280, 287 (1946)

6) Die weitere, eindeutig dem Richter zugewiesene Frage ist dann, ob die Intention der Parteien zusammen mit anderen Merkmalen die Feststellung einer Partnership zuläßt.

7) Nelson v. Abraham, 177 P 2d 931, 933 (1947)

Angestellte "co-owner" des Unternehmens geworden ist.¹⁾ Die Jury müßte in diesem Zusammenhang zum Beispiel prüfen, ob die Zahlung eines bestimmten Betrages als Darlehen oder Einlage zu betrachten ist, eine Frage, die man schwerlich unter den Begriff "Tatsachenermittlung" fassen kann.

B. Die Besetzung des Spruchkörpers - Klagen "at law" und "in equity"

Ob ein Rechtsstreit von einem Berufsrichter oder einer leichter zu beeinflussenden und juristisch-dogmatischen Erwägungen weniger zugänglichen Jury entschieden wird, hängt auch davon ab, ob die betreffende Klage "at law" oder "in equity" erhoben worden ist, denn nur bei ersterer besteht ein Anspruch auf ein Geschworenengericht.²⁾

Während früher die beiden verschiedenen Klagearten vor verschiedenen Gerichtszweigen verhandelt wurden³⁾, zeigen sich die Unterschiede heute nur noch in der Art der verfolgbaren Klageziele: Während bei "actions at law" nur Schadensersatz erlangt werden kann, ermöglichen "actions in equity" auch Leistungsklagen oder sogenannte "injunctions", gerichtliche Verfügungen, wonach dem Beklagten geboten oder verboten wird, in einer bestimmten Weise zu handeln.⁴⁾ Dabei sind die Rechtsbehelfe der "equity" nur anwendbar, wenn der Schadensersatz "at law" nicht zu gerechten Ergebnissen führt.⁵⁾

In welcher der beiden Verfahrensarten die Feststellung einer Partnership erfolgt, richtet sich also nach der Art des geltend gemachten Anspruchs. Dabei kann man typisierend danach unterscheiden, ob es sich um Klagen innerhalb der Partnership oder eines Dritten gegen einen Partner handelt.

Klagen eines angeblichen Partners gegen den anderen, die sich mit dem Entstehen des Gesellschaftsverhältnisses befassen, werden überwiegend "in equity" verhandelt.⁶⁾ Ziel dieser Klagen ist es nämlich in der Regel, einen Anteil an

1) Eder v. Reddick, 278 P 2d 361, 366 (1955)

2) Schurtman/Walter, S. 25; Parker, S. 30; Hay, S. 7

3) Zur geschichtlichen Entwicklung Parker, S. 24 ff.; Blumenwitz, S. 4 ff. und 18 ff.

4) Parker, S. 28 f.; Hay, S. 5 und 7

5) Parker, S. 28; Blumenwitz, S. 8

6) Vgl. Sugarman, S. 183; Barrett and Seago, S. 625

dem erzielten Gewinn und Vermögen zu erhalten. Nur in ganz seltenen Fällen ist der Kläger aber in der Lage, seinen Klageantrag zu beziffern. Der Schadensersatzklage "at law" geht daher meist die Klage auf Rechnungslegung voraus, die nur "in equity" erhoben werden kann.¹⁾

Den Klagen Dritter gegen einen angeblichen Partner liegen im allgemeinen abgrenzbare und bezifferbare Ansprüche zugrunde. Hauptfall sind die Zahlungsansprüche von Lieferanten der Partnership. In diesen Fällen wird daher überwiegend der Rechtsbehelf "at law" gegeben sein²⁾, was dazu führt, daß die "issues of fact" von einer Jury entschieden werden.

C. Die Entscheidungsfindung durch die Jury

Wie aus den beiden vorhergehenden Abschnitten deutlich wurde, entscheidet das Geschworenengremium der Jury eine große Anzahl von Rechtsstreitigkeiten, deren Gegenstand das Entstehen einer Partnership ist. Dabei bezieht sich die Entscheidungsbefugnis der Jury nicht nur auf reine Tatsachenfragen, sondern gerade bei der Partnership in beachtlichem Umfang auch auf die rechtliche Würdigung. Durch diese dem kontinentaleuropäischen Recht fremde Prozeßpraxis werden Systematik und Ergebnis bei der Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses nicht unerheblich beeinflußt.

Bereits der Ablauf einer Verhandlung vor einer Jury macht die Tendenz erklärbar, die Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses nicht juristisch-methodeisch durch Auslegung eines Vertrages, sondern eher pragmatisch anhand von leicht greifbaren, aus der Alltagserfahrung gewonnenen Indizien vorzunehmen.³⁾ Mit ihrem "verdict" entscheidet die Jury dabei nicht nur spezielle Tatsachenfragen, sondern den gesamten Rechtsstreit.⁴⁾ Abgesehen davon, daß schon die Anwälte der Prozeßparteien in sogenannten "opening statements" und "closing arguments" das nach ihrer Meinung anwendbare Recht in der für sie jeweils günstigsten Auslegung vorstellen, erhalten die Mitglieder der Jury Informationen

1) v. Sinner, S. 49; Sugarman, S. 182 m.w.N. und S. 187

2) Barrett and Seago, S. 625

3) Vgl. v. Sinner, S. 22 f.

4) Vgl. Schurtman/Walter, S. 76; Mechem, S. 59

über das anzuwendende Recht nur durch den Richter in Form der sogenannten "charge".¹⁾ Im Regelfall verfügt die Jury daher nur über sehr fallbezogenes und bereits mit Wertungen durchsetztes Rechtswissen²⁾, das sie dann ihrer Entscheidung zugrundelegen muß.

Es kommt hinzu, daß die Befugnis des Richters, die Jury über die anwendbaren Rechtsprinzipien zu belehren, von Bundesstaat zu Bundesstaat variiert. Sie reicht von einem Initiativrecht zur Belehrung über die gesamte mit dem Rechtsstreit zusammenhängende Materie bis zu dem in Mississippi bestehenden Verbot, eine "charge" vorzunehmen, wenn sie nicht von den Anwälten beantragt ist.³⁾ Es liegt auf der Hand, daß in solchen Fällen für rechtssystematische Erwägungen kein Raum ist, sondern die Entscheidung eher nach dem Rechtsgefühl eines Laien⁴⁾ vorgenommen wird.

D.Beweisverfahren und Beweiswürdigung⁵⁾

Mit Rücksicht auf die mangelnde Erfahrung und die leichte Beeinflußbarkeit von Geschworenen hat sich im Laufe der Jahrhunderte im englischen und amerikanischen Recht eine Reihe von Beweisregeln entwickelt, um ungeeignetes Beweismaterial von vornherein von der Jury fernzuhalten. Diese Regeln, die die Zulassung von Beweismitteln betreffen, aber auch in den Bereich der Beweiswürdigung hineinreichen, gelten ebenso für das Verfahren vor dem Einzelrichter.⁶⁾

Sie ermöglichen dem "tryer of fact" nur in sehr engen Grenzen eine freie Überzeugungsbildung und sind daher kaum geeignet, der Erforschung des "animus societatis" zu dienen⁷⁾, die sich naturgemäß einer Schematisierung entzieht. Vielmehr sind die Beweisregeln deutlich auf objektiv faßbare Kriterien hin orientiert.

1) Schurtman/Walter, S. 76; Revised Statutes of Nebraska 1943, rule 25-1107, abgedruckt in Rosenberg/Weinstein, S. 656

2) Zum Problem der Beeinflussung der Jury durch den Richter Rosenberg/Weinstein, S. 656; James, a.a.O., S. 236; Schurtman/Walter, S. 76

3) James, a.a.O., S. 237

4) Vgl. Rosenberg/Weinstein, S. 654

5) Hinsichtlich der Beweismittel und der Beweislast ergeben sich gegenüber dem deutschen Recht kaum Besonderheiten; Vocke, S. 57. Hervorzuheben ist lediglich das System der "presumptions", das bereits oben behandelt wurde.

6) Schurtman/Walter, S. 72

7) v. Sinner, S. 23

Angesichts der Fülle und Komplexität der "Rules of Evidence" ist es an dieser Stelle völlig unmöglich, auch nur einen groben Überblick zu geben.¹⁾ Vielmehr soll versucht werden, anhand von zwei Beispielen die oben aufgezeigte Tendenz zu belegen.

1. Die "parol evidence rule"

Bei der "parol evidence rule" handelt es sich eigentlich um eine materielle Regelung; ihre praktische Bedeutung entfaltet sie aber erst als prozessualer Behelf zur Ausschließung von Beweismitteln.²⁾

In ihrer Grundform besagt sie folgendes: Wenn Parteien ihren Willen in einem Vertragsdokument niedergelegt haben, dann dient allein dieses Dokument als Grundlage für die Bestimmung ihrer Rechtsbeziehungen. Zeugenaussagen oder sonstige außerhalb der Urkunde liegende Beweismittel, die den Sinn abändern, ergänzen oder ihm widersprechen, werden nicht zugelassen.³⁾

In einer Gesellschaft, in der weit mehr Verträge mündlich abgeschlossen werden als in Kontinentaleuropa⁴⁾, hat sich diese strikte Regel als unpraktikabel erwiesen, vor allem dann, wenn die Urkunde erkennbar nicht die Vereinbarung in vollem Umfang wiedergibt.⁵⁾ Es wird daher zur Anwendung der "parol evidence rule" verlangt, daß das Vertragsdokument in sich abgeschlossen und widerspruchsfrei sein muß.⁶⁾

Als allgemeine Regel des Vertragsrechts⁷⁾ wird die "parol evidence rule" auch bei der Beurteilung von Partnership-Agreements herangezogen.⁸⁾ Ein Bei-

1) Es sei nur darauf hingewiesen, daß das berühmte Werk von Wigmore allein 10 Bände umfaßt.

2) Kimbrough, S. 312; Clark, S. 598

3) Kimbrough, S. 312; McCormick, S. 430

4) McCormick, S. 429

5) McCormick, S. 430

6) Kimbrough, S. 312; dieses Zusatzfordernis ist, vor allem, was die Funktionsverteilung zwischen "judge" und "jury" angeht, sehr umstritten; siehe hierzu die ausführliche Darstellung bei McCormick, S. 429 ff. und 434 ff.

7) Kimbrough, S. 312

8) 68 C.J.S., § 52

spiel hierfür ist der Fall *Martin v. Peyton*. Dort hat das Gericht ausdrücklich betont, daß es zur Beurteilung der Rechtslage auf die drei Vertragsdokumente angewiesen sei und die tatsächlichen Umstände nur insoweit heranziehe, als sie die schriftlichen Bestimmungen erläuterten.¹⁾

Noch deutlicher wird in der Entscheidung *Walker, Mosby & Calvert, Inc. v. Burgess* auf die Regel Bezug genommen. Dort heißt es: "There being no ambiguity in the written instrument which calls for the introduction of parol evidence to explain the existence or nonexistence of a partnership relationship, it must be determined by the terms of the instrument relied upon ..."²⁾ Die Entscheidung befaßt sich folgerichtig auch nur mit der Auslegung des Vertragswerkes und vermeidet peinlich jede Bezugnahme auf das tatsächliche Verhalten der Vertragsparteien.³⁾

Nun ist es durchaus nicht ungewöhnlich, daß sich die vertragliche Absicht der Parteien aufgrund der Vertragsgespräche anders darstellt, als die Auslegung der schriftlichen Vereinbarung ergibt. Durch die "parol evidence rule" wird die Berücksichtigung des wahren Willens der Beteiligten daher erheblich erschwert, wenn nicht gar von vornherein unmöglich gemacht⁴⁾, da die entsprechenden Beweismöglichkeiten abgeschnitten sind.

Der Grund für die Ausschlußregelung ist nicht so sehr darin zu suchen, daß sonst keine Garantie mehr für die Durchsetzbarkeit von schriftlichen Verträgen bestünde.⁵⁾ Man ist sich vielmehr der Tatsache bewußt, daß Geschworene nicht genügend Erfahrung besitzen, um zum Beispiel die Glaubhaftigkeit von Zeugnisaussagen zuverlässig beurteilen zu können.⁶⁾

Allerdings führt die Einschränkung der freien Überzeugungsbildung auf der anderen Seite auch dazu, daß Entscheidungen nicht immer dem Leitbild der Einzelfallgerechtigkeit genügen.

1) 158 NE 77, 78 (1927) zur Heranziehung von "parol evidence" zur Auslegung schriftlicher Vereinbarungen; ausführlich McCormick, S. 442 ff.

2) 151 SE 165, 167 (1930)

3) Zustimmung Steffen, S. 518

4) Kimbrough, S. 312

5) So aber die Entscheidung *Cargill Commission Co. v. Swartwood*, 198 NW 536, 538 (1924) mit Kritik von McCormick, S. 427

6) McCormick, S. 428

II. Die "hearsay rule"

Ein weiteres Beispiel für das eher schablonenhafte Beweisverfahren im amerikanischen Recht ist die sehr bedeutsame¹⁾ "hearsay rule". Mit einer Reihe von Ausnahmen²⁾ verbietet diese Regel die Einführung von Beweismitteln zum Beweis der Richtigkeit von Erklärungen, die ein anderer außerhalb des Gerichts über die zu beweisende Tatsache gemacht hat.³⁾ Die Regel wird an folgendem Beispiel deutlich: A verklagt B auf Rückzahlung eines Darlehens. Zum Beweis für die Darlehensgewährung bietet er den Zeugen (Z) an, der bekunden kann, ein Dritter (D) habe ihm erzählt, daß B den Darlehensempfang zugegeben habe.⁴⁾

Der wesentliche Grund für die Nichtzulassung des Zeugnisses von Z ist die Tatsache, daß die Glaubwürdigkeit von D nicht durch ein Kreuzverhör überprüft werden kann.⁵⁾

Aus diesem Grund handelt es sich auch dann um "hearsay evidence", wenn ein am Gericht anwesender Zeuge von der beweisführenden Partei vernommen wird, dann aber infolge Tod oder ähnlicher Umstände als Zeuge ausfällt, bevor der Gegner Gelegenheit zum Kreuzverhör hatte.⁶⁾

Die wachsende Skepsis gegenüber Tatsachenwissen aus zweiter Hand war auch der Grund für die - verhältnismäßig späte - Entwicklung der "hearsay rule". Bis gegen Ende des 17. Jahrhunderts wurde das Zeugnis vom Hörensagen zwar zugelassen, sein Beweiswert aber mehr und mehr in Frage gestellt. Erst seit diesem Zeitpunkt verfestigte sich die Formel dahingehend, daß derartige Beweismittel nicht mehr zugelassen werden.⁷⁾

Vor allem aus der Geschichte dieser Beweisregel wird daher deutlich, daß es sich bei den Fällen, die unter die "hearsay rule" fallen, eigentlich um Probleme der Beweiswürdigung handelt.⁸⁾

1) Wigmore, Vol. 5, S. 27: " ... that most characteristic rule of the Anglo-American law of evidence ... "

2) Beispiele bei Schurtman/Walter, S. 72 f.; Kimbrough, S. 297; Clark, S. 590 ff.

3) McCormick, S. 460; vgl. James, a.a.O., S. 229

4) Beispiel aus Schurtman/Walter, S. 72

5) James, a.a.O., S. 229 f.; Clark, S. 590; Kimbrough, S. 296; mit weiteren Gründen befaßt sich McCormick, S. 457 ff.

6) Clark, S. 590

7) Zur Geschichte der Beweisregel McCormick, S. 455 ff.

8) James, a.a.O., S. 229

Durch die Verfestigung dieses Regel- und Ausnahmekomplexes zum starren Schema ist eine Würdigung der Glaubwürdigkeit von Zeugen im Einzelfall kaum noch möglich. Es bleibt unberücksichtigt, daß das Feld des "hearsay evidence" vom reinen Dorfklatsch bis hin zu eidesstattlichen Erklärungen reichen kann.¹⁾ Es gibt also durchaus eine Reihe von Fällen, in denen die Zeugenaussagen aus zweiter Hand zumindest als Indiz für die zu beweisende Haupttatsache von Bedeutung sein können.

Diesem Umstand sollte auch durch die von der Rechtsprechung in den letzten zwei Jahrhunderten entwickelten zahlreichen Ausnahmen Rechnung getragen werden. Dennoch umfassen diese Ausnahmen bei weitem nicht alle Fälle von "hearsay evidence", die man bei einer freien Beweiswürdigung als verläßlich ansehen würde.²⁾

McCormick faßt die Kritik an der geschilderten Handhabung des Beweises vom Hörensagen wie folgt zusammen: "Indeed, it is the failure of the courts to adjust the rules of admissibility more flexibly and realistically to these variations in the reliability of hearsay that ... constitutes one of the pressing needs for liberalization of evidence law."³⁾

E. Zusammenfassende Bewertung zum Zivilprozeß

Die Einengung der Beweiswürdigung durch die "Rules of Evidence" korrespondiert mit der für das anglo-amerikanische Recht eigentümlichen Institution der Jury. Nimmt man hinzu, daß die Rolle des neutralen Rechtsfachmanns, des Richters, oft in sehr gravierendem Ausmaß auf die "charge" beschränkt ist, so verwundert es nicht, daß im Rahmen der Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses für dogmatisch-systematische Überlegungen wenig Raum ist. Der Zuschnitt der Verfahrensregeln des amerikanischen Zivilprozesses auf das "jury trial" hat vielmehr zur Folge, daß sich die Kriterien für die Prüfung einer Partnership an dem Erfahrungshorizont von juristischen Laien orientieren, die eine Partnership nur als wirtschaftlich agierendes Gebilde, nicht aber von ihren abstrakten Voraussetzungen her kennen.

1) James, a.a.O., S. 230 f.; McCormick, S. 459

2) James, a.a.O., S. 231 m.w.N.

3) S. 459; vgl. auch James, a.a.O., S. 231

Die prozessualen Regeln entsprechen damit auch der Handhabung der Tests im materiellen Recht. Berücksichtigt man die Tatsache, daß Rechtspraxis und Rechtsentwicklung in den Vereinigten Staaten sich stark an den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Bedürfnissen orientieren, so liegt die Annahme nahe, daß Auswahl, Ausgestaltung und Wertigkeit der materiellen Kriterien eher von den Besonderheiten des anglo-amerikanischen Prozeßrechts (insbesondere der Institution der Jury) beeinflußt werden als umgekehrt. Die genaue Abstimmung zwischen materiellen und prozessualen Regeln führt schließlich auch dazu, daß das amerikanische Recht, zumindest in dem Grundsatz der Betonung der tatsächlichen Beziehungen zwischen den Parteien und der weitgehenden Vernachlässigung von Willenserklärungen bei der Feststellung einer Partnership, ein außerordentliches Beharrungsvermögen zeigt.¹⁾

1) Zu den Möglichkeiten und Grenzen einer Annäherung zwischen anglo-amerikanischer und kontinentaleuropäischer Betrachtungsweise sogleich in der Schlußbetrachtung

Schlußbetrachtung

Möglichkeiten einer Annäherung zwischen amerikanischer und deutscher Methode für die Prüfung eines Gesellschaftsverhältnisses

Will man die aus der Betrachtung der materiellen Kriterien und des Verfahrensrechts gewonnenen Erkenntnisse auf eine Kurzformel bringen, so findet im amerikanischen Recht die Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses im Wege eines Vergleichs eines konkret vorgefundenen Rechtsverhältnisses mit einem Normbild statt, das nur recht vage umschrieben ist und als einzig unabdingbares Element eigentlich nur die Gewinnorientierung der Organisation als Ganzes und die Gewinnbeteiligung der einzelnen Mitglieder enthält. Dabei ist dieses Normbild nicht rechtskonstruktiv gewonnen, sondern im Laufe einer langen geschichtlichen Entwicklung immer wieder an die wirtschaftlichen Bedürfnisse angepaßt worden.

Dagegen steht im deutschen Recht nicht eine derartig typisierende Betrachtungsweise im Vordergrund, sondern man untersucht durch Heranziehung und Auslegung von Willenserklärungen, ob die Begriffsmerkmale der Gesellschaft vorliegen, wie sie sich etwa aus der Definition des § 705 BGB ergeben.

Dieser Gegensatz von typusorientierter und begriffs- bzw. rechtsformorientierter Betrachtungsweise¹⁾ ist jedoch schon zum Teil verwischt worden, da sich in beiden Rechtsordnungen ebenso Elemente der jeweils anderen Betrachtungsweise feststellen lassen.

Für das anglo-amerikanische Recht, das sich grundsätzlich durch eine weitgehende Vernachlässigung von Willenserklärungen und überhaupt des Vertragsabschlusses auszeichnet, sind an verschiedenen Stellen dieser Arbeit bereits Tendenzen erkennbar geworden, durch die das Vertragserfordernis aufgewertet wird.

So stellt die Entscheidung *Cox v. Hickman* einen maßgeblichen Wendepunkt von der Feststellung der Partnership allein aufgrund objektiver Indizien hin zur

1) Vgl. hierzu H.P. Westermann, S. 12 ff., 57 ff.

Berücksichtigung des Parteiwillens dar.¹⁾ Der Schwerpunkt beginnt, sich allmählich von sachverhaltsbezogenen Einzelfallentscheidungen zum abstrakten Begriffsinstrumentarium zu verlagern. Die vertragliche Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses gewinnt auch dadurch an Bedeutung, daß die sogenannten Executory Agreements nach dem UPA bereits eine Partnership entstehen lassen.

Auch im deutschen Recht haben sich Strömungen gezeigt, die auf eine Annäherung an das amerikanische Recht hinauslaufen können. Zu erwähnen sind hier vor allem die Theorien, die die personalistische Struktur der Gesellschaft in den Vordergrund stellen und sich von der Betrachtung der Gesellschaft als reinem Schuldverhältnis abwenden. Trotz des zum Teil sehr unterschiedlichen theoretischen Ausgangspunktes, ob personenrechtlicher Vertrag oder faktische Gesellschaft, und trotz der unterschiedlichen Intensität wird vom BGH bis zu den heutigen Vertretern der faktischen Vertragsverhältnisse die Besonderheit der Gesellschaft hervorgehoben und die starre Systematik des Bürgerlichen Rechts durchbrochen. Hiermit korrespondiert die Tatsache, daß an den Vertragswillen der Parteien verhältnismäßig geringe Anforderungen gestellt werden; die Entscheidung BGHZ 22, S. 240 hat dies besonders deutlich gezeigt.

Dennoch verbleiben charakteristische Unterschiede, die auch allgemein zwischen den Rechtssystemen des Common Law und des Civil Law festzustellen sind.

Im Bereich der Partnership schlägt sich zunächst in dem Merkmal der Profitorientierung ein materieller Unterschied zum deutschen Recht nieder.²⁾ Wie besonders bei der Behandlung des Tests des Profit Sharing und bei der Betrachtung der Prozeßpraxis deutlich wurde, beeinflußt die mit dem Gewinnbeteiligungserfordernis verbundene wirtschaftliche Betrachtungsweise ganz erheblich Methode und Ergebnisse bei der Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses.³⁾

Bedeutungsvoller und gerade im Verhältnis von Common Law zu Civil Law grundlegend ist der Unterschied in der Methode des Rechtsdenkens und der Rechtsfortbildung. Die juristische Methode ist aber nicht zu trennen von den

1) Barrett and Seago, S. 32

2) Dagegen sind die beiden Rechte in ihrem materiellen Gehalt ansonsten nicht wesentlich verschieden; Rheinstein, Rechtsvergleichung, S. 97

3) Vgl. auch Seeliger, S. 112 ff.

Personen, die sie geschaffen haben und sich ihrer bedienen¹⁾, den "Rechtshonoratioren", wie sie Rheinstein in Anlehnung an Max Weber bezeichnet.²⁾ Worauf etwaige Annäherungstendenzen zwischen den Rechtssystemen beruhen und inwieweit sie möglich sind, hängt daher auch von der Zusammensetzung der maßgeblichen Juristengruppe ab.

Im anglo-amerikanischen Recht waren bis in die 60er Jahre des 19. Jahrhunderts die Richter die allein maßgebliche Schicht.³⁾ Da sie die Fälle so zu bearbeiten hatten, wie sie ihnen gerade vorgelegt wurden, entwickelten sie einen "Sinn für das Individuelle und die Besonderheit eines Lebenssachverhaltes"⁴⁾. Einheitlichkeit im Rechtswesen offenbarte sich dabei nicht in der Entwicklung abstrakter und allgemeingültiger Begriffe und Schemata, sondern als eine Reihe von Präzedenzfällen.⁵⁾ Dementsprechend erfolgte die Feststellung einer Partnership nicht im Wege der Subsumtion unter ein theoretisch gewonnenes Normbild, sondern als Analyse der konkreten wirtschaftlichen Tatsachen.

Die Zersplitterung des Rechtswesens, die auch für das Recht der Partnership Ende des vorigen Jahrhunderts bereits erwähnt wurde, machte eine Vereinheitlichung und die Entwicklung abstrakter Rechtssätze unumgänglich.⁶⁾ Dies war das Feld der Professoren, die auf diese Weise für die Rechtsfortbildung maßgeblichen Einfluß erlangten. Das Ergebnis ihrer Tätigkeit waren die Uniform Laws sowie die vom American Law Institute herausgegebenen "Restatements", die eine Zusammenfassung der Regeln des Common Law darstellen sollten.

Besonders für das Recht der Partnership hat sich der professorale Einfluß stark ausgewirkt, da der Uniform Partnership Act nicht nur eine Kodifizierung des geltenden Common Law darstellte, sondern zum Teil auch erhebliche Veränderungen mit sich brachte.⁷⁾ Als Beispiel sei hier wieder UPA § 6 Abs. 1 erwähnt, der das Zustandekommen einer Partnership auf den Vertragsabschluß vorverlegt und damit den Weg zu einer subsumierenden Tätigkeit des Richters weist.

1) Vgl. Zweigert/Kötz, S. 313

2) Rheinstein, Rechtshonoratioren, S. 1

3) Zweigert/Kötz, S. 312; Rheinstein, Rechtshonoratioren, S. 2

4) Rheinstein, Rechtsvergleichung, S. 102; vgl. Kötz, a.a.O., S. 253

5) Die besondere Bedeutung der Sachverhaltsarbeit betonen Zweigert/Kötz, S. 319 ff. und 326 f.

6) Rheinstein, Rechtshonoratioren, S. 5

7) Crane and Bromberg, S. 13

Der Stil des amerikanischen Rechts begann, sich dem anzunähern, was sich vor allem in Deutschland seit Jahrhunderten gebildet hatte.¹⁾ Hier waren die Rechtsordnungen seit jeher so zersplittert, daß die Fortbildung des Rechts und die Herstellung einer gewissen Einheitlichkeit den Rechtsgelehrten zufiel.²⁾ Dadurch hatte sich eine Tendenz zu starker Systematisierung und Bildung abstrakter Begriffe ergeben³⁾, die selbstverständlich auch die Methode bei der Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses entscheidend formte.

Bei der Analyse einzelner (nach Einführung des UPA ergangener) Entscheidungen hatte sich jedoch schon gezeigt, daß die Gerichte vielfach Wortlaut und Sinn des UPA ignorierten und auf alte Betrachtungsweisen aus dem Common Law zurückgriffen.⁴⁾ Die Rechtspraktiker waren nämlich nicht ohne weiteres bereit, Tradition und Technik des Fallrechts und damit ihre einflußreiche Stellung aufzugeben.⁵⁾

Außerdem setzte in den 30er Jahren erneut ein Wandel ein, und zwar in der Mentalität der Rechtshonoratioren.⁶⁾ Im Zusammenhang mit der Weltwirtschaftskrise setzte sich in den Vereinigten Staaten eine Strömung durch, die man als liberale Sozialpolitik bezeichnen könnte und die ihren stärksten Ausdruck in Franklin D. Roosevelts New Deal fand. Hierzu paßte nicht mehr das konservative und stark auf Kapitalinteressen zugeschnittene Rechtsdenken. Es begann sich über die Universitäten der Einfluß politischer Wertvorstellungen im Sinne eines "social engineering" auch in der Rechtsfortbildung durchzusetzen.

Damit ist die weitere Entwicklung hin zum kontinentaleuropäischen Rechtsdenken gebremst worden.

Umgekehrt lassen sich für das deutsche Recht Wandlungstendenzen in Richtung auf ein Fallrecht feststellen.⁷⁾ Je älter die großen Gesetzeswerke werden und je weiter sie sich demgemäß von der sozialen Wirklichkeit entfernen, desto

1) Zweigert/Kötz, S. 312

2) Rheinstein, Rechtsvergleichung, S. 102 f.

3) v. Mehren, a.a.O., S. 75

4) Vgl. Crane and Bromberg, S. 13; es sei hier auch an die Entscheidungen zur Wirksamkeit der "executory agreements" erinnert

5) Siehe hierzu das Beispiel bei Zweigert/Kötz, S. 322; Rheinstein, Rechtshonoratioren, S. 7

6) Hierzu eingehend Rheinstein, Rechtshonoratioren, S. 7 ff.

7) Rheinstein, Rechtsvergleichung, S. 103; Kötz, a.a.O., S. 257 ff.

mehr kommt dem Richter eine Anpassungsaufgabe zu. Darüber hinaus wandeln sich durch den technischen Fortschritt die Interessenkonflikte derartig schnell und weitreichend, daß die Legislative zunehmend überfordert wird.¹⁾ Belegen läßt sich dies an der Rechtsprechung zu bedeutenden Generalklauseln wie § 242 BGB oder § 1 UWG, wo sich schon ein eigenständiges Präzedenzrecht entwickelt hat.²⁾

Allerdings muß auch diese Tendenz zur Anerkennung der richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Recht mit einigen Einschränkungen versehen werden.

Um Entscheidungen überhaupt als Präjudizien verwenden zu können, ist eine Vergleichbarkeit der zugrundeliegenden Sachverhalte denknotwendig. Dies setzt sowohl in den Urteilen selbst als auch in den Veröffentlichungen eine detaillierte Sachverhaltsangabe, bei der die sozialen Hintergründe deutlich werden, sowie die Offenlegung der richterlichen Wertung voraus. Daran fehlt es - zumindest bei den Untergerichten - jedoch zumeist.³⁾ Der Mangel an hinreichender Aufklärung des Interessenkonfliktes mag dabei in prozessualen Gegebenheiten⁴⁾ oder einfach durch die Arbeitsüberlastung der Gerichte begründet sein.⁵⁾

Aber auch in der Juristenausbildung wird noch nicht im erforderlichen Umfang der Umgang mit Präjudizien erlernt. Kötz verweist beispielhaft auf Formulierungen aus dem "Sattelmacher"⁶⁾, die eine gewisse Befangenheit gegenüber der Heranziehung anderer Urteile verraten.⁷⁾ An dieser Situation hat sich in den vergangenen 15 Jahren nichts wesentliches geändert, wenn man nur bedenkt, daß der "Sattelmacher" in seiner 29. Auflage von 1983 noch die gleichen Formulierungen enthält.⁸⁾

Einer weitgehenden Annäherung der beiden Rechtssysteme im Bereich des Personengesellschaftsrechts steht schließlich auch der unterschiedliche Geltungsbereich der einzelnen Gesellschaftsformen entgegen. Während die Partnership

1) Zweigert/Kötz, S. 325 f.; v. Mehren, a.a.O., S. 91

2) Zur allgemeinen Bedeutung von Präzedenzentscheidungen in Deutschland: Zweigert/Kötz, S. 318 und 325; Rheinsteil, Rechtsvergleichung, S. 34

3) Kötz, a.a.O., S. 259 ff.

4) z.B. das Berichterstatersystem, bei dem in der Regel nur ein Mitglied des Spruchkörpers die Akte bearbeitet und den Tatsachenstoff für die Kollegialentscheidung aufbereitet

5) Vgl. v. Mehren, a.a.O., S. 80 ff.

6) Sattelmacher/Lüttig/Beyer, 25 Aufl. (1968), S. 210 f.

7) Kötz, a.a.O., S. 258

8) Sattelmacher/Sirp, 29. Aufl. (1983), S. 253 f.

einen sehr weiten Bereich möglicher Gestaltungsformen abdeckt, finden sich im deutschen Recht teils gesetzlich geregelte, teils durch die Rechtsprechung entwickelte Rechtsformen wie die BGB-Gesellschaft, die oHG, die stille Gesellschaft oder die Innengesellschaft.

Beide Rechte sind dabei Ausdruck verschiedener prinzipieller Möglichkeiten, den Ausgleich der divergierenden Interessen der Gesellschafter an einer weitgehenden Haftungsbeschränkung und der Gläubiger an einer möglichst umfassenden Haftung der Gesellschafter rechtlich zu gestalten.¹⁾

Das amerikanische Recht stellt insoweit eine Universallösung dar, bei der die unterschiedliche Intensität der Vergemeinschaftung im Bereich zwischen den Austauschverträgen auf der einen und den Körperschaften auf der anderen Seite weitgehend vernachlässigt wird. Die Klammer zwischen den verschiedenen Tatbeständen bildet das Gewinn(beteiligungs)element, das jede andere als eine profitorientierte Art der Organisation aus dem Bereich der Partnership ausscheidet. So kann es geschehen, daß ein am Gewinn beteiligter Darlehensgläubiger mit dem Erwerb zusätzlicher Kontrollbefugnisse unversehens zum Gesellschafter wird. Fälle wie dieser belegen schließlich auch die größere Bedeutung des Gläubigerschutzes als Motiv für die Erfassung einer großen Bandbreite möglicher Interessenkonstellationen in einer einzigen Rechtsform.²⁾

Dagegen versucht das deutsche Recht, verschiedenen typisierten Interessenlagen durch Differenzierung in mehrere Gesellschaftsformen gerecht zu werden. Als eine derartige besondere Interessenlage wird es beispielsweise angesehen, wenn ein Unternehmen in größerem Umfang am Wirtschaftsleben teilnimmt. Die Erfassung solcher Gesellschaften als Handelsgesellschaft und ihre Unterwerfung unter strenge firmen- und registerrechtliche Vorschriften stellt im Interesse des Rechtsverkehrs die Publizität der Haftungsverhältnisse sicher. Da der Gläubigerschutz im deutschen Recht auf andere Weise gewährleistet ist, braucht auch nicht auf die Gewinnbeteiligung oder Gewinnerzielung als maßgebliches Element für die Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses zurückgegriffen zu werden.

Darüber hinaus setzt die Erweiterung des Gesellschaftsbegriffs auf nicht-

1) Siehe zum folgenden auch Seeliger, S. 95 ff.

2) Vgl. Seeliger, S. 114

kommerzielle Gesellschaften möglichen Vereinheitlichungsbestrebungen eine Grenze.¹⁾ Besonders problematisch ist die Verknüpfung der BGB-Gesellschaft mit den Anfechtungs- und Nichtigkeitsregeln des Allgemeinen Teils des BGB und die Spaltung des Gesellschaftsrechts in zivil- und handelsrechtliche Gesellschaften.

Eine Anpassung an das Personengesellschaftsrecht auch der anderen europäischen Staaten²⁾ kann insoweit nur auf gesetzgeberischem Wege erfolgen. Eine Leitlinie könnte Art. 58 (2) EWG-Vertrag bieten, der als "Gesellschaft" nur solche Organisationsformen ansieht, die einen Erwerbszweck verfolgen.

Im Verhältnis zum amerikanischen Recht bedeutet eine derartige gesetzgeberische Initiative lediglich eine Angleichung des Geltungsbereichs der Personengesellschaften, die die übrigen Unterschiede, die in dieser Arbeit dargestellt wurden, unberührt läßt.

Die Methode des amerikanischen Rechts bei der Feststellung einer Partnership zeichnet sich dadurch aus, daß sie sich nicht an Rechtsbegriffe klammert, sondern sich an einem empirisch gewonnenen Normtypus der Gesellschaft orientiert und damit offener für die ständig sich ändernden Interessenkonflikte ist. Andererseits bringt die außerordentlich unscharfe Begriffsbildung ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit mit sich.³⁾ Will man aber die Vorteile der typisierenden Betrachtungsweise auch für das deutsche Gesellschaftsrecht nutzbar machen, so setzt dies vor allem eine offener Darstellung und Wertung der sozialen und wirtschaftlichen Interessengegensätze in den Entscheidungen der Gerichte voraus.

1) Vgl. Heenen, a.a.O., sec. 19

2) Das deutsche Recht stellt mit der Erfassung auch nichtkommerzieller Personengemeinschaften als echte Gesellschaften eine Ausnahme dar; Heenen, a.a.O., sec. 19

3) Vgl. Seeliger, S. 29

A n h a n g

Uniform Partnership Act

Verabschiedet von der National Conference of Commissioners on Uniform State Laws am 14. Oktober 1914

Part I — Preliminary Provisions

§ 1. Name of Act. This act may be cited as Uniform Partnership Act.

§ 2. Definition of Terms. In this act, "Court" includes every court and judge having jurisdiction in the case.

"Business" includes every trade, occupation, or profession.

"Person" includes individuals, partnerships, corporations, and other associations.

"Bankrupt" includes bankrupt under the Federal Bankruptcy Act or insolvent under any state insolvent act.

"Conveyance" includes every assignment, lease, mortgage, or encumbrance.

"Real property" includes land and any interest or estate in land.

§ 3. Interpretation of Knowledge and Notice. (1) A person has "knowledge" of a fact within the meaning of this act not only when he has actual knowledge thereof, but also when he has knowledge of such other facts as in the circumstances show bad faith.

(2) A person has "notice" of a fact within the meaning of this act when the person who claims the benefit of the notice

(a) States the fact to such person, or

(b) Delivers through the mail, or by other means of communication, a written statement of the fact to such person or to a proper person at his place of business or residence.

§ 4. Rules of Construction. (1) The rule that statutes in derogation of the common law are to be strictly construed shall have no application to this act.

(2) The law of estoppel shall apply under this act.

(3) The law of agency shall apply under this act.

(4) This act shall be so interpreted and construed as to effect its general purpose to make uniform the law of those states which enact it.

(5) This act shall not be construed so as to impair the obligations of any contract existing when the act goes into effect, nor to affect any action or proceedings begun or right accrued before this act takes effect.

§ 5. Rules for Cases not Provided for in this Act. In any case not provided for in this act the rules of law and equity, including the law merchant, shall govern.

Part II — Nature of a Partnership

§ 6. Partnership Defined. (1) A partnership is an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit.

(2) But any association formed under any other statute of this state, or any statute adopted by authority, other than the authority of this state, is not a partnership under this act, unless such association would have been a partnership in this state prior to the adoption of this act; but this act shall apply to limited partnerships except in so far as the statutes relating to such partnerships are inconsistent herewith.

§ 7. Rules for Determining the Existence of a Partnership. In determining whether a partnership exists, these rules shall apply:

(1) Except as provided by section 16 persons who are not partners as to each other are not partners as to third persons.

(2) Joint tenancy, tenancy in common, tenancy by the entireties, joint property, common property, or part ownership does not of itself establish a partnership, whether such co-owners do or do not share any profits made by the use of the property.

(3) The sharing of gross returns does not of itself establish a partnership, whether or not the persons sharing them have a joint or common right or interest in any property from which the returns are derived.

(4) The receipt by a person of a share of the profits of a business is *prima facie* evidence that he is a partner in the business, but no such inference shall be drawn if such profits were received in payment:

- (a) As a debt by installments or otherwise,
- (b) As wages of an employee or rent to a landlord,
- (c) As an annuity to a widow or representative of a deceased partner,

(d) As interest on a loan, though the amount of payment vary with the profits of the business,

(e) As the consideration for the sale of a good-will of a business or other property by installments or otherwise.

§ 8. Partnership Property. (1) All property originally brought into the partnership stock or subsequently acquired by purchase or otherwise, on account of the partnership, is partnership property.

(2) Unless the contrary intention appears, property acquired with partnership funds is partnership property.

(3) Any estate in real property may be acquired in the partnership name. Title so acquired can be conveyed only in the partnership name.

(4) A conveyance to a partnership in the partnership name, though without words of inheritance, passes the entire estate of the grantor unless a contrary intent appears.

Part III — Relations of Partners to Persons Dealing with the Partnership

§ 9. Partner Agent of Partnership as to Partnership Business.

(1) Every partner is an agent of the partnership for the purpose of its business, and the act of every partner, including the execution in the partnership name of any instrument, for apparently carrying on in the usual way the business of the partnership, of which he is a member, binds the partnership, unless the partner so acting has in fact no authority to act for the partnership in the particular matter, and the person with whom he is dealing has knowledge of the fact that he has no such authority.

(2) An act of a partner which is not apparently for the carrying on of the business of the partnership in the usual way does not bind the partnership unless authorized by the other partners.

(3) Unless authorized by the other partners or unless they have abandoned the business, one or more but less than all the partners have not authority to:

(a) Assign the partnership property in trust for creditors or on the assignee's promise to pay the debts of the partnership,

(b) Dispose of the good-will of the business,

(c) Do any other act which would make it impossible to carry on the ordinary business of a partnership,

(d) Confess a judgment,

(e) Submit a partnership claim or liability to arbitration or reference.

(4) No act of a partner in contravention of a restriction on authority shall bind the partnership to persons having knowledge of the restriction.

§ 10. Conveyance of Real Property of the Partnership.

(1) Where title to real property is in the partnership name, any partner may convey title to such property by a conveyance executed in the partnership name; but the partnership may recover such property unless the partner's act binds the partnership under the provisions of paragraph (1) of section 9 or unless such property has been conveyed by the grantee or a person claiming through such grantee to a holder for value without knowledge that the partner, in making the conveyance, has exceeded his authority.

(2) Where title to real property is in the name of the partnership, a conveyance executed by a partner, in his own name, passes the equitable interest of the partnership, provided the act is one within the authority of the partner under the provisions of paragraph (1) of section 9.

(3) Where title to real property is in the name of one or more but not all the partners, and the record does not disclose the right of the partnership, the partners in whose name the title stands may convey title to such property, but the partnership may recover such property if the partners' act does not bind the partnership under the provisions of paragraph (1) of section 9, unless the purchaser or his assignee, is a holder for value, without knowledge.

(4) Where the title to real property is in the name of one or more or all the partners, or in a third person in trust for the partnership, a conveyance executed by a partner in the partnership name, or in his own name, passes the equitable interest of the partnership, provided the act is one within the authority of the partner under the provisions of paragraph (1) of section 9.

(5) Where the title to real property is in the names of all the partners a conveyance executed by all the partners passes all their rights in such property.

§ 11. **Partnership Bound by Admission of Partner.** An admission or representation made by any partner concerning partnership affairs within the scope of his authority as conferred by this act is evidence against the partnership.

§ 12. **Partnership Charged with Knowledge of or Notice to Partner.** Notice to any partner of any matter relating to partnership affairs, and the knowledge of the partner acting in the particular matter, acquired while a partner or then present to his mind, and the knowledge of any other partner who reasonably could and should have communicated it to the acting partner, operate as notice to or knowledge of the partnership, except in the case of a fraud on the partnership committed by or with the consent of that partner.

§ 13. **Partnership Bound by Partner's Wrongful Act.** Where, by any wrongful act or omission of any partner acting in the ordinary course of the business of the partnership or with the authority of his co-partners, loss or injury is caused to any person, not being a partner in the partnership, or any penalty is incurred, the partner-

ship is liable therefor to the same extent as the partner so acting or omitting to act.

§ 14. Partnership Bound by Partner's Breach of Trust. The partnership is bound to make good the loss:

(a) Where one partner acting within the scope of his apparent authority receives money or property of a third person and misapplies it; and

(b) Where the partnership in the course of its business receives money or property of a third person and the money or property so received is misapplied by any partner while it is in the custody of the partnership.

§ 15. Nature of Partner's Liability. All partners are liable

(a) Jointly and severally for everything chargeable to the partnership under sections 13 and 14;

(b) Jointly for all other debts and obligations of the partnership; but any partner may enter into a separate obligation to perform a partnership contract.

§ 16. Partner by Estoppel. (1) When a person, by words spoken or written or by conduct, represents himself, or consents to another representing him to any one, as a partner in an existing partnership or with one or more persons not actual partners, he is liable to any such person to whom such representation has been made, who has, on the faith of such representation, given credit to the actual or apparent partnership, and if he has made such representation or consented to its being made in a public manner he is liable to such person, whether the representation has or has not been made or communicated to such person so giving credit by or with the knowledge of the apparent partner making the representation or consenting to its being made.

(a) When a partnership liability results, he is liable as though he were an actual member of the partnership.

(b) When no partnership liability results, he is liable jointly with the other persons, if any, so consenting to the contract or representation as to incur liability, otherwise separately.

(2) When a person has been thus represented to be a partner in an existing partnership, or with one or more persons not actual partners, he is an agent of the persons consenting to such representation to bind them to the same extent and in the same manner as though he were a partner in fact, with respect to persons who rely upon representation. Where all the members of the existing partnership consent to the representation, a partnership act or obligation results; but in all other cases it is the joint act or obligation of the person acting and the persons consenting to the representation.

§ 17. Liability of Incoming Partner. A person admitted as a partner into an existing partnership is liable for all the obligations of the partnership arising before his admission as though he had been a partner when such obligations were incurred, except that this liability shall be satisfied only out of partnership property.

Part IV — Relations of Partners to One Another

§ 18. **Rules Determining Rights and Duties of Partners.** The rights and duties of the partners in relation to the partnership shall be determined, subject to any agreement between them, by the following rules:

(a) Each partner shall be repaid his contributions, whether by way of capital or advances to the partnership property and share equally in the profits and surplus remaining after all liabilities, including those to partners, are satisfied; and must contribute towards the losses, whether of capital or otherwise, sustained by the partnership according to his share in the profits.

(b) The partnership must indemnify every partner in respect of payments made and personal liabilities reasonably incurred by him in the ordinary and proper conduct of its business, or for the preservation of its business or property.

(c) A partner, who in aid of the partnership makes any payment or advance beyond the amount of capital which he agreed to contribute, shall be paid interest from the date of the payment or advance.

(d) A partner shall receive interest on the capital contributed by him only from the date when repayment should be made.

(e) All partners have equal rights in the management and conduct of the partnership business.

(f) No partner is entitled to remuneration for acting in the partnership business, except that a surviving partner is entitled to reasonable compensation for his services in winding up the partnership affairs.

(g) No person can become a member of a partnership without the consent of all the partners.

(h) Any difference arising as to ordinary matters connected with the partnership business may be decided by a majority of the partners; but no act in contravention of any agreement between the partners may be done rightfully without the consent of all the partners.

§ 19. **Partnership Books.** The partnership books shall be kept, subject to any agreement between the partners, at the principal place of business of the partnership, and every partner shall at all times have access to and may inspect and copy any of them.

§ 20. **Duty of Partners to Render Information.** Partners shall render on demand true and full information of all things affecting the partnership to any partner or the legal representative of any deceased partner or partner under legal disability.

§ 21. **Partner Accountable as a Fiduciary.** (1) Every partner must account to the partnership for any benefit, and hold as trustee for it any profits derived by him without the consent of the other partners from any transaction connected with the formation, conduct, or liquidation of the partnership or from any use by him of its property.

(2) This section applies also to the representatives of a deceased partner engaged in the liquidation of the affairs of the partnership as the personal representatives of the last surviving partner.

§ 22. **Right to an Account.** Any partner shall have the right to a formal account as to partnership affairs:

- (a) If he is wrongfully excluded from the partnership business or possession of its property by his co-partners,
- (b) If the right exists under the terms of any agreement,
- (c) As provided by section 21,
- (d) Whenever other circumstances render it just and reasonable.

§ 23. **Continuation of Partnership Beyond Fixed Term.**

(1) When a partnership for a fixed term or particular undertaking is continued after the termination of such term or particular undertaking without any express agreement, the rights and duties of the partners remain the same as they were at such termination, so far as is consistent with a partnership at will.

(2) A continuation of the business by the partners or such of them as habitually acted therein during the term, without any settlement or liquidation of the partnership affairs, is prima facie evidence of a continuation of the partnership.

Part V — Property Rights of a Partner

§ 24. **Extent of Property Rights of a Partner.** The property rights of a partner are (1) his rights in specific partnership property, (2) his interest in the partnership, and (3) his right to participate in the management.

§ 25. **Nature of a Partner's Right in Specific Partnership Property.** (1) A partner is co-owner with his partners of specific partnership property holding as a tenant in partnership.

(2) The incidents of this tenancy are such that:

(a) A partner, subject to the provisions of this act and to any agreement between the partners, has an equal right with his partners to possess specific partnership property for partnership purposes; but he has no right to possess such property for any other purpose without the consent of his partners.

(b) A partner's right in specific partnership property is not assignable except in connection with the assignment of rights of all the partners in the same property.

(c) A partner's right in specific partnership property is not subject to attachment or execution, except on a claim against the partnership. When partnership property is attached for a partnership debt the partners, or any of them, or the representatives of a deceased partner, cannot claim any right under the homestead or exemption laws.

(d) On the death of a partner his right in specific partnership property vests in the surviving partner or partners, except where the deceased was the last surviving partner, when his right in such

property vests in his legal representative. Such surviving partner or partners, or the legal representative of the last surviving partner, has no right to possess the partnership property for any but a partnership purpose.

(e) A partner's right in specific partnership property is not subject to dower, curtesy, or allowances to widows, heirs, or next of kin.

§ 26. Nature of Partner's Interest in the Partnership. A partner's interest in the partnership is his share of the profits and surplus, and the same is personal property.

§ 27. Assignment of Partner's Interest. (1) A conveyance by a partner of his interest in the partnership does not of itself dissolve the partnership, nor, as against the other partners in the absence of agreement, entitle the assignee, during the continuance of the partnership to interfere in the management or administration of the partnership business or affairs, or to require any information or account of partnership transactions, or to inspect the partnership books; but it merely entitles the assignee to receive in accordance with his contract the profits to which the assigning partner would otherwise be entitled.

(2) In case of a dissolution of the partnership, the assignee is entitled to receive his assignor's interest and may require an account from the date only of the last account agreed to by all the partners.

§ 28. Partner's Interest Subject to Charging Order. (1) On due application to a competent court by any judgment creditor of a partner, the court which entered the judgment, order, or decree, or any other court, may charge the interest of the debtor partner with payment of the unsatisfied amount of such judgment debt with interest thereon; and may then or later appoint a receiver of his share of the profits, and of any other money due or to fall due to him in respect of the partnership, and make all other orders, directions, accounts and inquiries which the debtor partner might have made, or which the circumstances of the case may require.

(2) The interest charged may be redeemed at any time before foreclosure, or in case of a sale being directed by the court may be purchased without thereby causing a dissolution:

(a) With separate property, by any one or more of the partners, or

(b) With partnership property, by any one or more of the partners with the consent of all the partners whose interests are not so charged or sold.

(3) Nothing in this act shall be held to deprive a partner of his right, if any, under the exemption laws, as regards his interest in the partnership.

Part VI — Dissolution and Winding Up

§ 29. Dissolution Defined. The dissolution of a partnership is the change in the relation of the partners caused by any partner

ceasing to be associated in the carrying on as distinguished from the winding up of the business.

§ 30. **Partnership Not Terminated by Dissolution.** On dissolution the partnership is not terminated, but continues until the winding up of partnership affairs is completed.

§ 31. **Causes of Dissolution.** Dissolution is caused: (1) Without violation of the agreement between the partners,

(a) By the termination of the definite term or particular undertaking specified in the agreement,

(b) By the express will of any partner when no definite term or particular undertaking is specified,

(c) By the express will of all the partners who have not assigned their interests or suffered them to be charged for their separate debts, either before or after the termination of any specified term or particular undertaking,

(d) By the expulsion of any partner from the business bona fide in accordance with such a power conferred by the agreement between the partners;

(2) In contravention of the agreement between the partners, where the circumstances do not permit a dissolution under any other provision of this section, by the express will of any partner at any time;

(3) By any event which makes it unlawful for the business of the partnership to be carried on or for the members to carry it on in partnership;

(4) By the death of any partner;

(5) By the bankruptcy of any partner or the partnership;

(6) By decree of court under section 32.

§ 32. **Dissolution by Decree of Court.** (1) On application by or for a partner the court shall decree a dissolution whenever:

(a) A partner has been declared a lunatic in any judicial proceeding or is shown to be of unsound mind,

(b) A partner becomes in any other way incapable of performing his part of the partnership contract,

(c) A partner has been guilty of such conduct as tends to affect prejudicially the carrying on of the business,

(d) A partner wilfully or persistently commits a breach of the partnership agreement, or otherwise so conducts himself in matters relating to the partnership business that it is not reasonably practicable to carry on the business in partnership with him,

(e) The business of the partnership can only be carried on at a loss,

(f) Other circumstances render a dissolution equitable.

(2) On the application of the purchaser of a partner's interest under sections 27 or 28:

(a) After the termination of the specified term or particular undertaking,

(b) At any time if the partnership was a partnership at will when the interest was assigned or when the charging order was issued.

§ 33. General Effect of Dissolution on Authority of Partner. Except so far as may be necessary to wind up partnership affairs or to complete transactions begun but not then finished, dissolution terminates all authority of any partner to act for the partnership,

(1) With respect to the partners,

(a) When the dissolution is not by the act, bankruptcy or death of a partner; or

(b) When the dissolution is by such act, bankruptcy or death of a partner, in cases where section 34 so requires.

(2) With respect to persons not partners, as declared in section 35.

§ 34. Right of Partner to Contribution From Co-partners After Dissolution. Where the dissolution is caused by the act, death or bankruptcy of a partner, each partner is liable to his co-partners for his share of any liability created by any partner acting for the partnership as if the partnership had not been dissolved unless

(a) The dissolution being by act of any partner, the partner acting for the partnership had knowledge of the dissolution, or

(b) The dissolution being by the death or bankruptcy of a partner, the partner acting for the partnership had knowledge or notice of the death or bankruptcy.

§ 35. Power of Partner to Bind Partnership to Third Persons After Dissolution. (1) After dissolution a partner can bind the partnership except as provided in paragraph (3)

(a) By any act appropriate for winding up partnership affairs or completing transactions unfinished at dissolution;

(b) By any transaction which would bind the partnership if dissolution had not taken place, provided the other party to the transaction.

(I) Had extended credit to the partnership prior to dissolution and had no knowledge or notice of the dissolution; or

(II) Though he had not so extended credit, had nevertheless known of the partnership prior to dissolution, and, having no knowledge or notice of dissolution, the fact of dissolution had not been advertised in a newspaper of general circulation in the place (or in each place if more than one) at which the partnership business was regularly carried on.

(2) The liability of a partner under paragraph (1b) shall be satisfied out of partnership assets alone when such partner had been prior to dissolution

(a) Unknown as a partner to the person with whom the contract is made; and

(b) So far unknown and inactive in partnership affairs that the business reputation of the partnership could not be said to have been in any degree due to his connection with it.

(3) The partnership is in no case bound by any act of a partner after dissolution

(a) Where the partnership is dissolved because it is unlawful to carry on the business, unless the act is appropriate for winding up partnership affairs; or

(b) Where the partner has become bankrupt; or

(c) Where the partner has no authority to wind up partnership affairs; except by a transaction with one who

(I) Had extended credit to the partnership prior to dissolution and had no knowledge or notice of his want of authority; or

(II) Had not extended credit to the partnership prior to dissolution, and, having no knowledge or notice of his want of authority, the fact of his want of authority has not been advertised in the manner provided for advertising the fact of dissolution in paragraph (1b II).

(4) Nothing in this section shall affect the liability under section 16 of any person who after dissolution represents himself or consents to another representing him as a partner in a partnership engaged in carrying on business.

§ 36. Effect of Dissolution on Partner's Existing Liability.

(1) The dissolution of the partnership does not of itself discharge the existing liability of any partner.

(2) A partner is discharged from any existing liability upon dissolution of the partnership by an agreement to that effect between himself, the partnership creditor and the person or partnership continuing the business; and such agreement may be inferred from the course of dealing between the creditor having knowledge of the dissolution and the person or partnership continuing the business.

(3) Where a person agrees to assume the existing obligations of a dissolved partnership, the partners whose obligations have been assumed shall be discharged from any liability to any creditor of the partnership, who, knowing of the agreement, consents to a material alteration in the nature or time of payment of such obligations.

(4) The individual property of a deceased partner shall be liable for all obligations of the partnership incurred while he was a partner but subject to the prior payment of his separate debts.

§ 37. Right to Wind Up. Unless otherwise agreed the partners who have not wrongfully dissolved the partnership or the legal representative of the last surviving partner, not bankrupt, has the right to wind up the partnership affairs; provided, however, that any partner, his legal representative or his assignee, upon cause shown, may obtain winding up by the court.

§ 38. Rights of Partners to Application of Partnership Property.

(1) When dissolution is caused in any way, except in contravention of the partnership agreement, each partner as against his co-partners and all persons claiming through them in respect of their interests in the partnership, unless otherwise agreed, may have the partner-

ship property applied to discharge its liabilities, and the surplus applied to pay in cash the net amount owing to the respective partners. But if dissolution is caused by expulsion of a partner, bona fide under the partnership agreement and if the expelled partner is discharged from all partnership liabilities, either by payment or agreement under section 36 (2), he shall receive in cash only the net amount due him from the partnership.

(2) When dissolution is caused in contravention of the partnership agreement the rights of the partners shall be as follows:

(a) Each partner who has not caused dissolution wrongfully shall have,

(I) All the rights specified in paragraph (1) of this section, and

(II) The right, as against each partner who has caused the dissolution wrongfully, to damages for breach of the agreement.

(b) The partners who have not caused the dissolution wrongfully, if they all desire to continue the business in the same name, either by themselves or jointly with others, may do so, during the agreed term for the partnership and for that purpose may possess the partnership property, provided they secure the payment by bond approved by the court, or pay to any partner who has caused the dissolution wrongfully, the value of his interest in the partnership at the dissolution, less any damages recoverable under clause (2a II) of this section, and in like manner indemnify him against all present or future partnership liabilities.

(c) A partner who has caused the dissolution wrongfully shall have:

(I) If the business is not continued under the provisions of paragraph (2b) all the rights of a partner under paragraph (I), subject to clause (2a II), of this section,

(II) If the business is continued under paragraph (2b) of this section the right as against his co-partners and all claiming through them in respect of their interests in the partnership, to have the value of his interest in the partnership, less any damages caused to his co-partners by the dissolution, ascertained and paid to him in cash, or the payment secured by bond approved by the court, and to be released from all existing liabilities of the partnership; but in ascertaining the value of the partner's interest the value of the goodwill of the business shall not be considered.

§ 39. Rights Where Partnership is Dissolved for Fraud or Misrepresentation. Where a partnership contract is rescinded on the ground of the fraud or misrepresentation of one of the parties thereto, the party entitled to rescind is, without prejudice to any other right, entitled,

(a) To a lien on, or right of retention of, the surplus of the partnership property after satisfying the partnership liabilities to third persons for any sum of money paid by him for the purchase of an interest in the partnership and for any capital or advances contributed by him; and

(b) To stand, after all liabilities to third persons have been satisfied, in the place of the creditors of the partnership for any payments made by him in respect of the partnership liabilities; and

(c) To be indemnified by the person guilty of the fraud or making the representation against all debts and liabilities of the partnership.

§ 40. **Rules for Distribution.** In settling accounts between the partners after dissolution, the following rules shall be observed, subject to any agreement to the contrary:

(a) The assets of the partnership are

(I) The partnership property,

(II) The contribution of the partners necessary for the payment of all the liabilities specified in clause (b) of this paragraph.

(b) The liabilities of the partnership shall rank in order of payment, as follows:

(I) Those owing to creditors other than partners,

(II) Those owing to partners other than for capital and profits,

(III) Those owing to partners in respect of capital,

(IV) Those owing to partners in respect of profits.

(c) The assets shall be applied in the order of their declaration in clause (a) of this paragraph to the satisfaction of the liabilities.

(d) The partners shall contribute, as provided by section 18 (a) the amount necessary to satisfy the liabilities; but if any, but not all, of the partners are insolvent, or, not being subject to process, refuse to contribute, the other parties shall contribute their share of the liabilities, and, in the relative proportions in which they share the profits, the additional amount necessary to pay the liabilities.

(e) An assignee for the benefit of creditors or any person appointed by the court shall have the right to enforce the contributions specified in clause (d) of this paragraph.

(f) Any partner or his legal representative shall have the right to enforce the contributions specified in clause (d) of this paragraph, to the extent of the amount which he has paid in excess of his share of the liability.

(g) The individual property of a deceased partner shall be liable for the contributions specified in clause (d) of this paragraph.

(h) When partnership property and the individual properties of the partners are in possession of a court for distribution, partnership creditors shall have priority on partnership property and separate creditors on individual property, saving the rights of lien or secured creditors as heretofore.

(i) Where a partner has become bankrupt or his estate is insolvent the claims against his separate property shall rank in the following order:

(I) Those owing to separate creditors,

(II) Those owing to partnership creditors,

(III) Those owing to partners by way of contribution.

§ 41. Liability of Persons Continuing the Business in Certain Cases. (1) When any new partner is admitted into an existing partnership, or when any partner retires and assigns (or the representative of the deceased partner assigns) his rights in partnership property to two or more of the partners, or to one or more of the partners and one or more third persons, if the business is continued without liquidation of the partnership affairs, creditors of the first or dissolved partnership are also creditors of the partnership so continuing the business.

(2) When all but one partner retire and assign (or the representative of a deceased partner assigns) their rights in partnership property to the remaining partner, who continues the business without liquidation of partnership affairs, either alone or with others, creditors of the dissolved partnership are also creditors of the person or partnership so continuing the business.

(3) When any partner retires or dies and the business of the dissolved partnership is continued as set forth in paragraphs (1) and (2) of this section, with the consent of the retired partners or the representative of the deceased partner, but without any assignment of his right in partnership property, rights of creditors of the dissolved partnership and of the creditors of the person or partnership continuing the business shall be as if such assignment had been made.

(4) When all the partners or their representatives assign their rights in partnership property to one or more third persons who promise to pay the debts and who continue the business of the dissolved partnership, creditors of the dissolved partnership are also creditors of the person or partnership continuing the business.

(5) When any partner wrongfully causes a dissolution and the remaining partners continue the business under the provisions of section 38 (2b), either alone or with others, and without liquidation of the partnership affairs, creditors of the dissolved partnership are also creditors of the person or partnership continuing the business.

(6) When a partner is expelled and the remaining partners continue the business either alone or with others, without liquidation of the partnership affairs, creditors of the dissolved partnership are also creditors of the person or partnership continuing the business.

(7) The liability of a third person becoming a partner in the partnership continuing the business, under this section, to the creditors of the dissolved partnership shall be satisfied out of partnership property only.

(8) When the business of a partnership after dissolution is continued under any conditions set forth in this section the creditors of the dissolved partnership, as against the separate creditors of the retiring or deceased partner or the representative of the deceased partner, have a prior right to any claim of the retired partner or the representative of the deceased partner against the person or partnership continuing the business, on account of the retired or deceased partner's interest in the dissolved partnership or on account

of any consideration promised for such interest or for his right in partnership property.

(9) Nothing in this section shall be held to modify any right of creditors to set aside any assignment on the ground of fraud.

(10) The use by the person or partnership continuing the business of the partnership name, or the name of a deceased partner as part thereof, shall not of itself make the individual property of the deceased partner liable for any debts contracted by such person or partnership.

§ 42. Rights of Retiring or Estate of Deceased Partner When the Business is Continued. When any partner retires or dies, and the business is continued under any of the conditions set forth in section 41 (1, 2, 3, 5, 6), or section 38 (2 b), without any settlement of accounts as between him or his estate and the person or partnership continuing the business, unless otherwise agreed, he or his legal representative as against such persons or partnership may have the value of his interest at the date of dissolution ascertained, and shall receive as an ordinary creditor an amount equal to the value of his interest in the dissolved partnership with interest, or, at his option or at the option of his legal representative, in lieu of interest, the profits attributable to the use of his right in the property of the dissolved partnership; provided that the creditors of the dissolved partnership as against the separate creditors, or the representative of the retired or deceased partner, shall have priority on any claim arising under this section, as provided by section 41 (8) of this act.

§ 43. Accrual of Actions. The right to an account of his interest shall accrue to any partner, or his legal representative, as against the winding up partners or the surviving partners or the person or partnership continuing the business, at the date of dissolution, in the absence of any agreement to the contrary.

Part VII — Miscellaneous Provisions

§ 44. When Act Takes Effect. This act shall take effect on the... day of ... one thousand nine hundred and ...

§ 45. Legislation Repealed. All acts or parts of acts inconsistent with this act are hereby repealed.

Lebenslauf

Am 3. September 1951 bin ich als Sohn des kaufmännischen Angestellten Rudolf Peters und seiner Ehefrau Franziska, geb. Sures in Dorsten / Kreis Recklinghausen geboren.

Von 1958 bis 1962 besuchte ich die Volksschule, anschließend das humanistische Gymnasium Petrinum in Dorsten, das ich mit dem Abitur am 15. Juni 1970 verließ.

Zum Wintersemester 1970/71 nahm ich an der Ruhr-Universität Bochum das Studium der Rechtswissenschaft auf. Zum Wintersemester 1972/73 wechselte ich zur Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, wo ich die Erste Juristische Staatsprüfung am 25. Oktober 1975 ablegte.

Die Zweite Juristische Staatsprüfung bestand ich am 17. Oktober 1978.

Nach kurzer Anwaltstätigkeit in Dorsten bin ich nunmehr seit Juli 1979 als Rechtsanwalt in Dortmund zugelassen.

Im Sommersemester 1979 nahm ich an einem Seminar über faktische Vertrags- und Familienverhältnisse teil, das von Prof. Dr. Robert Battes geleitet wurde. Durch mein Referat über die Behandlung dieses Problems im amerikanischen Recht bekam ich einen ersten Einblick in dieses Rechtsgebiet, so daß ich mich auf Anregung von Prof. Dr. Battes zu der vorliegenden Dissertation entschloß.

